المجلد التاسع عشر من المحيط للسرخسي

عدد ١٧

الجزء التاسع عشر

من المحيط على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة رضي الله عنه وأرضاه

بسم الله الرحمن الرحيم

باب تكرار السرقة

المبسوط ٥ وان قطع سارق في سرقة ثم سرق مرة اخرى لم يقطع
وكذلك لو سرق منه سارق اخر لم يقطع الثاني خلافا للشافعي
وهذا بناء على ان بالقطع سقطت قيمة المسروق في حق السارق الاول
والمالك حتى لو هلك في يده او استهلكه لم يضمن لانه ليست على هذا
المال يد معتبرة محققة لان يد السارق الاول يد عادية مبطلة
ويد المالك عنه زايلة فكان كالمال الضايع شرعا فلم يكن متقوما
خطرا شرعا فصار كما لو القى ماله في مضيعة والتقوم شرط
وجوب القطع واذا وقع الخلل والقصور في التقوم لا يجب القطع
وعنه لا يسقط تقومه بالقطع فبقي متقوما فيجب القطع ولم يذكر
في المبسوط لو سرق من السارق الاول قبل ان يقطع السارق الاول
وذكر في المنتقى انه يقطع بخصومة السارق الاول وهو
الصحيح لان السارق ما لم يقطع يده فهو كالغاصب لان قيمة
المسروق انما يسقط بالقطع فبقي المسروق متقوما شرعا قبل القطع
فصار كما لو سرق من الغاصب يقطع بخصومته فكذا هذا ومن
اصحابنا من قال لا يقطع السارق الثاني بخصومة الاول ٥

يد

ولو سرق قطنا او صوفا او كتانا فقطع فيه واخذه منه صاحبه
وصنع منه ثوبا فسرقه ذلك السارق يقطع ثانيا لان العين
قد تبدلت اسما وصورة ومعنى فصارت عينا اخرى والقطع انما
اوجب سقوط العصمة والقيمة في العين التي قطع لاجلها لا في
عين اخرى فلم يورث شبهة سقوط العصمة لان شبهة العين وان
كانت قايمة فيتمكن فيه شبهة سقوط العصمة والقيمة وشبهة
الشبهة غير معتبرة في الحدود ولو سرق عينا فقطعت يده ثم ان
المسروق منه باعه من انسان ثم اشتراه ثم عاد وسرق ثانيا
قال مشايخ العراق لا يقطع لان العين قايمة حقيقة ولكن تبدل
سبب الملك فيها فيتمكن فيه شبهة سقوط العصمة والقيمة
وقال مشايخ خراسان يقطع لان العصمة انما سقطت في حق
الاول ضرورة وجوب القطع وهذه الضرورة معدومة في
حق المشتري فقد وجد دليل العصمة (العاصم) في حقه وفقد دليل
سقوط العصمة والقيمة فكملت العصمة وتمت القيمة للعين
بتبدل الملك ولهذا لو سرق منه يقطع فاذا عادت العين الى
البايع فقد عادت معصومة متقومة كما كانت المنتقى
سرق بقرة فقطع فيها ثم ولدت عنده ولدها يقطع ثانيا

ولو سرق ثوب خز او صوف فقطع فيه ثم نقض الثوب فسرقه
ثانيا لم يقطع لان العين والملك لم تتبدل ولو سرق قطنا
فقطع فيه ثم غزله صاحبه بعد ما رده عليه قطع لان العين قد
تبدلت بالغزل وصار جنسا اخرا ولهذا لا يجوز بيع الغزل
بالقطن متفاضلا عند محمد ۵

باب المسروق تغير بصنعة السارق

ف المبسوط ۵ رجل سرق ذهبا
او فضة فصاغه دراهم او دنانير او قلبا او حليا فانه يقطع
ويرده الى المسروق منه عند ابي حنيفة وعندهما لا سبيل للمسروق
منه عليه وهذه فرع من غصب من اخر فضة او ذهبا فضربه
دراهم او دنانير لان هذه الصنعة لا ينقطع حق المالك عنه عنده
وعندهما ينقطع كما هو الخلاف في الغصب ثم قيل عندهما لا يقطع
السارق وقيل يقطع لان السارق ما ملك عين المسروق لان بالضرب
والصنعة صار عينا اخرى ولو سرق ثوبا يوخذ فصبغه احمر
فقطع لم يوخذ منه الثوب ولم يضمن عندهما وقال محمد
يوخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان الثوب قايم من كل
وجه والصبغ لم يستهلكه بوجه ما فلا ينقطع حق المالك
لان صاحب الثوب اصل وحق السارق في الصبغ تبع وكان تملك

التبع

التبع باعتبار ملك الاصل اولى كما لو صبغ الغاصب ۵
لهما ان حق السارق في الصبغ قايم من كل وجه ولهذا
يضمن المالك اذا اخذه قيمة ما زاد الصبغ فيه وحق المسروق
منه في الثوب هالك من وجه فانه ليس بمتقوم في حق السارق
حتى لو اتلفه لم يضمن فيرجح القايم من كل وجه كما في الخياطة
بخلاف الغاصب لان حق المالك في الثوب قايم من كل وجه
عينا وقيمة فاستويا فيرجح حق المالك لانه صاحب الاصل
والغاصب صاحب التبع ولو صبغه اسود اخذ منه الثوب
عندنا خلافا لابي يوسف لان عند ابي حنيفة السواد نقصان
والسرقة اذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق الملك عنه وعندهما
السواد زيادة لكن عند محمد لا ينقطع حق المالك بمثل هذه
الزيادة كما في الحمرة ولو سرق ثوبا وقطعه وخاطه ينقطع حق
المالك عن الثوب ولا يضمن قيمته للمالك كما في الغصب المنتقى
ابن رستم عن محمد رجل سرق ثوبا فغصبه اخر منه قال يقطع
السارق ويضمن المسروق منه الغاصب قيمة ثوبه ان كان هالكا
لانه لم يسقط عصمته وتقومه في حق السارق فقد غصب مالا
معصوما متقوما فيضمن قيمته للمالك ۵

باب اقامة القطع في السرقة

المبسوط ٥ السارق يقطع يده اليمنى بالاجماع لقوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه
فاقطعوا ايمانهما وهو قرواه قرانا فان لم يثبت قرانا فقد
ثبت وهو المتواتر فلا يتقاعد عن الخبر المشهور والزيادة
على الكتاب بالخبر المشهور جائز وفي المرة الثانية يقطع رجله
اليسرى وفي الثالثة والرابعة لا يقطع ولكنه يحبس حتى يموت
وقال الشافعي يقطع في المرة الثانية يده اليسرى وفي الثالثة
رجله اليمنى والصحيح قولنا لقوله تعالى فاقطعوا ايديهما والايدي
جمع فانه مضاف الى الجمع لان الاثنين جمع من وجه لوجود الاجتماع
فيه والجمع المضاف الى الجمع يعتبر احادا في حق الاحاد كما في قوله
ركبوا دوابهم ولبسوا ثيابهم اي ركب كل واحد دابته ولبس ثوبه
فصار تقدير الاية كانه قال فاقطعوا من كل واحد يدا
واحدة فظاهر الكتاب يقتضي ان لا يقطع الا في مرة واحدة الا انا
توافقنا على وجوب القطع في المرة الثانية فبقي ما عداه على ظاهر
الكتاب لان المماثلة والمعادلة شرعيه مشروطة في اجزية الجنايات
بالنصوص القاطعة وهي مفقودة بين اخذ المال وقطع اليد

الزيادة على الكتاب بالخبر المشهور

المرة

لان

الا انا عدلنا عن تنصيص المعادلة في المرتين بما فيه المرتين الاخريين
على قضية القياس مع ان القطع في المرة الثالثة يتضمن اهلاك
النفس من وجه وهو تفويت جنس المنفعة وهي منفعة البطش
والاخذ لان قوام النفس بقيام اجناس منافعها فاذا فات
جنس منفعة منها صارت هالكة من وجه لان بفوات
منفعة البطش والاخذ يفوت نصف مصالح بدنه وهو الاكل
والشرب والغسل والتطهير وما يتعلق بها من الصنعة والحرفة
فصارت نفسه هالكة من وجه وحد السرقة شرع زاجرا
ورادعا لا متلفا مهلكا لان الحدود شرعت زاجرة عن
ارتكاب الكبائر لا متلفة للنفوس المحترمة لان اهلاك النفس
غير مستحق عليه بما شرع حدا مخصوصا بازاء اخذ مال حقير فكل
قطع يؤدي الى تفويت جنس المنفعة يكون اتلافا فلا يشرع
حدا والقطع في المرة الاولى والثانية لم يتضمن اتلافا فصلح
حدا فشرع زاجرا والحديث الذي يحتج به في هذا الباب غير ثابت
لان الصحابة اختلفوا في هذه المسئلة ولو كان فيها حديثا صحيحا
لاحتج به بعضهم على بعض ولما ساغ لهم الاختلاف في محل النص فلما
ساغ لهم الاختلاف دل ذلك على انه ليس فيها حديث صحيح مقبول ٥

الحدود شرعت زاجرة لا متلفة

ولو كانت يده اليمنى للسارق ذاهبة او مقطوعة يقطع رجله
اليسرى من المفصل وان كانت رجله اليسرى مقطوعة فلا قطع
عليه لانه يودي الى اتلاف النفس بتفويت اكثر منافعها ويضمن
السرقة ويحبس حتى يموت [يتوب] ولو كانت يده اليمنى صحيحة لكن اليسرى
مقطوعة او شلا او مقطوعة الابهام او مقطوعة اصبعين
سوى الابهام لا يقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى لانه يذهب
احد شقيه بكماله وان كانت مقطوعة اصبع واحد سوى
الابهام يقطع يده اليمنى لانه لا يودي الى التلف لان فواتها لا
يوجب خللا بما بقي في منفعة البطش بخلاف الكفارة فان فوات
الاصبعين لا يمنع جواز الكفارة وهنا فوات اصبعين يمنع وجوب
القطع والفرق ان في فوات اكثر الاصابع حقيقة الهلاك
لانه يفوت به منفعة البطش وفي فوات الاصبعين شبهة
الهلاك لانه يختل وينتقص المنفعة والشبهة ملحقة بالحقيقة
في حق درء العقوبة احتيالا لدريها ولا يلحق الشبهة بالحقيقة
كما في حق الكفارة لانها عبادة يحتاط لايجابها فاعتبرنا فيه حقيقة
الهلاك ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كانت
يستطيع القيام والمشي عليها يقطع يده اليمنى وان كان لا يستطيع

لا يقطع لان منفعة الرجل وهو المشي قد يفوت بقطع الاصابع
وقد لا يفوت فيجب النظر فيه انها قايمة ام فايتة بخلاف اليد
لان فوات منفعة البطش والعمل بفوات الاصابع كلها ثابت
بيقين فلا يحتاج فيه الى التجربة انها قايمة ام فايتة الا ان فوات
اكثر الاصابع قايم مقام الكل لان وبفوات اكثر الاصابع
يفوت منفعة البطش كما يفوت بالكل ولو كانت يده اليمنى
للسارق شلا او مقطوعة الاصابع يقطع في ظاهر الرواية لان
المستحق بالسرقة قطع يده اليمنى [بالنص] لقراة عبد الله ابن مسعود رضي الله
عنه فاقطعوا ايمانهما وكانت الجليلة المقطع ثابتة باسم اليمنى ومن
حيث انه يمين كامل لان اليمنى ما يكون بيمينه ولا نقصان فيه
وانما النقصان في اليد والجليلة عن ثابتة باسم اليد ولان ولهر المستحق
يده اليمنى بالنص قطع يده اليمنى دون اليسرى واستيفا الناقص بالكامل
جايز عند تعذر استيفا الكامل مع ان النص اوجب قطع اليد
مطلقا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان عند ابي يوسف
لا يقطع لان الواجب بالكتاب قطع مطلق اليد ومطلق اسم اليد
ينصرف الى الكاملة دون الناقصة الا بالارادة كما في قوله كل
مملوك لي فهو حر لا تدخل تحته المكاتب الا بالنية وكذلك اليد

الناقصة لا تدخل تحت مطلق اسم اليد فلم يكن محلا ولو قطع قاطع
يمين السارق قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والارش
في الخطا ويقطع رجله اليسرى في السرقة فكذلك بعد
الخصومة قبل القضا الا انه لا يقطع رجله في السرقة لان بعد
الخصومة تعين الواجب في اليمين وقد فاتت اليمين فسقط القطع
وقبل الخصومة لم يتعين الواجب في اليمين فصارت ذاهبة قبل
وجوب القطع فيه فوجب القطع في رجله اليسرى وان كان
بعد القضا فلا شي على القاطع ويكون قطعه عن السرقة لانها
صارت مستحقة الاتلاف ولو قال القاضي للحداد اقطع
يد السارق فقطع يده اليسرى فلا ضمان عليه خلافا لزفر لانه
امر بقطع يده مطلقا ولو قال اقطع يده اليمنى فقطع يده اليسرى
فان اخرج السارق يده وقال هذه يميني فلا ضمان عليه لانه فعل
بامره وكذلك ان قطع يساره خطا خلافا للشافعي لا يضمن لانه
لما سكت السارق ولم يخبره بانه يساره صار باذلا له اليسار ليقطعه
والبذل يسقط ضمان الاطراف وان قطعها عمدا فلا شي عليه
عند ابي حنيفة وعندهما يضمن لانه تعمد الظلم فلا يعذر كالقاضي
اذا تعمد الجور في حادثة يضمن وكما لو قطع رجله اليمنى وان اتلف

ما اذا امر القاضي للحداد بقطع يد السارق فقطع يده اليسرى

٦

الى خلف يعدله وهو اليد اليمنى له انه اتلف واخلف
خيرا لان اليد اليمنى بالسرقة صارت على شرف الفوات وصار
كالفايت من حيث الاعتبار وانما سلمت له اليمنى بقطع اليسرى بالسرقة
والاتلاف الى خلف يعدله لا يوجب الضمان كما لو شهد
شاهدان على انسان ببيع عبد قيمته الف بالف او بعتق عبده
بمثل قيمته او اكثر ثم رجعا لم يضمنا فكذا هذا ثم عنده هذا
القطع يكون عن السرقة عند بعضهم لانه لو قطعت يده اليمنى
يودي الى الاتلاف وهو تفويت جنس المنفعة وقال بعضهم
لا يكون عن السرقة لانه غير مامور به ولو قطع غيره يده اليسرى
ففي الخطا تجب الدية وفي العمد القصاص ويسقط عنه القطع في
اليمنى لانه لو قطع يودي الى الاستهلاك

باب اثبات السرقة بالاقرار وبالبينة

المبسوط فيه فصول احدها في اقرار واحد بسرقة
والثاني في اقرار اثنين بسرقة مال واحد والثالث في اقرار
العبد بالسرقة

فصل ولو اقر بسرقته مرة
يقطع عندهما وقال ابو يوسف لا يقطع ما لم يقر مرتين لان
القطع حق الله تعالى على الخلوص فيعتبر عدد اقراره بعدد الشهادة

كالزنا وذلك لانها كبيرة قبيحة وجريمة ردية (رذيلة) فيحتال
لدرئها وسترها باشتراط العدد في الاقرار بها ولا يحتال
لاظهارها واشاعتها ولهذا لو رجع عن الاقرار بالسرقة
(قبل) عمل رجوعه لهما ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالقطع
على سارق صفوان (ردا) بالاقرار مرة ولان هذا اقرار عار عن
التهمة لانه صدر عن عقل وطائية وطواعية بالجريمة
الرذيلة الموجبة للعقوبة وليس للتكرار فيه فائدة فلا معنى
لاشتراطه مرة بعد مرة وفي الاقرار بالزنا شرطنا العدد نصا
لا قياسا فلا يصح قياس غيره عليه ولا يقطع ما لم يصدقه المقر
له لان حقه متعلق بالسرقة حتى لا يثبت بدون دعواه ويبطل
الاقرار برده فان رجع عن اقراره عمل رجوعه لان الرجوع
منه اورث شبهة وتهمة في الاقرار والشبهة دارئة للحد
كما في الزنا وشرب الخمر ولم يصح رجوعه في حق المال لانه يثبت
مع الشبهة ولو قامت الشهادة على اقراره بالسرقة وهو يجحد
لا يقطع لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة ثم
(ولو ثبت اقراره بالمعاينة ثم)
رجع عنه عمل رجوعه فكذا اذا ثبت بالبينة وكذلك اذا
سكت ولم يكذبهم ولم يصدقهم لان السكوت عند الشهادة

جعل

جعل انكارا حكما ولو قال سرقت من هذا مائة درهم
ثم قال اوهمت انما سرقت من الاخر لا يقطع لواحد منهما لان
رجوعه عن الاقرار للاول ان عمل في حق القطع لم يعمل في
حق المال حتى لزمه رده الى الاول فيبقى سرقة هذا المال من
الاول من وجه فيتمكن شبهة انتفاء السرقة من الثاني لانه لا
يتصور ان يصير المال الواحد مسروقا من الاول ومن الثاني
على الكمال فبقاء السرقة في حق الاول اورث شبهة العدم في حق
الثاني ويرد المال الى الاول ويضمن مثله للثاني لانه لم يصح رجوعه
عن الاقرار في حق المال وقد اقر انه اخذ هذه المائة من الثاني
بغير حق وقد عجز عن ردها فيضمن مثلها للثاني وصار كما لو اقر انه
غصب هذه المائة من فلان ثم قال لا بل من فلان ضمن مثلها
للثاني فكذا هذا **فصل** رجلان اقرا بسرقة
مائة درهم ثم قال احدهما هو مالي لا يقطع واحد منهما لانه
متى رجع احدهما عن الاقرار بالسرقة بطل الحد عن الراجع فاورث
ذلك شبهة في حق الشريك الاخر لضرورة استوائهما في السرقة
ولو اقر انه سرق مع هذا الصبي او مع اخرس لا يقطع لان السرقة
من الصبي والاخرس غير موجبة للقطع فيورث شبهة عدم

البثوت ولو اقر انه سرق من رجل مائة درهم فقال لم
يسرقها هذا ولكن انا سرقتها فصدقه المسروق منه الاول
وكذب الثاني يقطع الاول لان اقرار الثاني لا يورث شبهة
الكذب وتهمة الغلط في الاقرار الاول لان الانسان لا يقصد
بالحد على نفسه كاذبا والغلط لا يتصور في اقراره لان من لم يوجد
منه السرقة لا يتهم نفسه سارقا فصار وجود اقرار الثاني وعدمه [غالطا]
بمنزلة بخلاف ما لو شهد اثنان انه سرق هذا المال من هذا [الرجل وشهد آخران انه سرق هذا المال من هذا ...]
الاخر والمسروق منه يدعي السرقة على الاول لا يقطع الاول
لان شهادة الاخرين تمكنت شبهة الكذب والغلط في شهادة
الاولين لان الشاهد قد يكذب [يشهد] كاذبا وغالطا ولو اقر بسرقة
مال بعينه من زيد ثم قال لا بل سرقتها من عمرو لا يقطع لواحد
منهما لان الغلط مما يقع في حق المسروق منه لجواز انه سرق من بيت
زيد فظنه بيت عمرو فصار كالشهادة وان قال المسروق منه
بعد ما صدق الاول لم يسرقها الاول وسرقها الثاني لا يقطع
واحد منهما لجواز ان يكون صادقا في تكذيبه كاذبا في تصديقه
فتمكنت شبهة في اقراره للثاني ولا يقضى بالمال على الاول
ويقضى على الثاني بالمال لان تكذيب السابق لا يبطل الاقرار

اللاحق

[والكذب]
اللاحق والاقرار اللاحق يبطل الاقرار السابق وتكذيبه
الاول بعد اقراره فبطل اقراره وتكذيبه الثاني سابق على اقرار [يبطل اقراره ؟]
الثاني فلا يبطله ك ولو صدقهما جميعا لا يقطعان ويقضى
بالمال على الثاني دون الاول لان الاول كذبه في اقراره
لما صدق الثاني والثاني كذبه قبل تصديقه حين صدق
الاول وقد احتمل ان يكون صادقا في تكذيبه الصادق [السابق]
فيتمكن شبهة الكذب في حق الثاني ولو قال سرقه من
فلان فقال فلان لم يسرقه ولكن غصبته لا يقطع ويقضى
بالمال استحسانا لانهما اتفقا على اصل الاخذ واختلفا في صفته
انه كان غاصبا او سارقا فيثبت ما اتفقا عليه دون ما اختلفا
فيه كما لو قال لفلان علي الف قرض فقال المقر له لا بل غصب
يقضى عليه بالمال بخلاف ما لو قال لم يسرقه وسكت
ثم قال بل غصبته مني لا يقضى بالمال لان بقوله بل غصبته يبين انه
اراد به التكذيب في صفة الاخذ لا في اصله فكان هذا
بيانا لتقريره في حق اصل الاخذ يعتبر في حق صفته فيصح موصولا
لا مفصولا ولو قال سرقت انا وفلان من فلان هذا المال
وقال الاخر لم اسرق والثوب ثوبنا لا يقطع واحد منهما لان

المدعي للثوب لما قال الثوب ثوبنا فقد اقر المقر بالشركة
في هذا الثوب المسروق فصح اقراره بالشركة لان الثوب
في ايديهما ولو صدقه الاخر يثبت حقيقة الشركة بينهما في الثوب
فاذا كذبه يثبت له شبهة الشركة في المسروق والشبهة كافية
لدرء الحد وان قال لم اسرق ولا اعرف هذا الثوب يقطع المقر
عندهما وقال ابو يوسف احب الي ان لا يقطع المقر
ونظيرها لو قال زنيت بفلانة وانكرت فلانة لا يجب الحد
على المقر عند ابي حنيفة خلافا لهما محمد سوى بينهما واوجب الحد
على المقر فيهما وابو يوسف فرق بينهما واوجب الحد على المقر بالزنا
ولم يوجب على المقر بالسرقة وابو حنيفة اوجب الحد على المقر
بالسرقة ولم يوجب الحد على المقر بالزنا لمحمد ان المقر اقر على نفسه
وعلى غيره بفعل يتم به وحده لان السرقة يتصور من المقر بدون
فعل الاخر والزنا يتصور من الرجل بدون فعلها وهو التمكين
بان كانت مجنونة او صبية واذا تم بدون فعل الاخر فعدم
الثبوت في حق المنكر لا يورث شبهة عدم الثبوت في حق
المقر ك لابي يوسف ان المقر اقر بسرقة مشتركة فيثبت سرقة
مشتركة في حق المقر ويسقط الحد عن شريكه لانكاره فسقوط

كالو قال قتلت مع فلان فلانا عمدا وانكر فلان يقتل المقر فكذا هذا ع

الحد عن

الحد عن شريكه يورث شبهة في حقه لان الشركة
في الفعل تقوم بهما بخلاف الزنا لانه ليس من ضرورة سقوط
الحد عنها سقوطه عن الرجل كما لو زنا بمجنونة او صبية وابو
حنيفة فرق بينهما وهو ان السرقة فعل يتم به وحده ويتحقق بدون
المشاركة فاذا اقر على نفسه وعلى غيره بالسرقة يواخذ المقر
باقراره كما لو قال قتلت مع فلان فلانا عمدا وانكر
فلان يقتل المقر فاما الزنا فعل لا يتم به وحده بل يتم به وبالمراة
وهو تمكينها من الزنا ولم يثبت تمكينها لانكارها فلم يثبت زناها
فعدم الزنا منها اورث شبهة عدم الزنا في حقه وليس كما
لو اقرا بالسرقة ثم رجع احدهما لان الشركة يثبت باقرارهما
جميعا ثم سقط الحد عن الراجع فيسقط عن الاخر لان الشركة
تقتضي المساواة وهنا الشركة في السرقة لم يثبت في المنكر
فلم يثبت الشبهة لعدم الشركة ك **فصل** ولو
اقر العبد الماذون والمكاتب بالسرقة يصح اقراره ويقطع والمال
للمسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا صدقه
مولاه ام كذبه وقال زفر لا يصح اقراره لانه يوجب استحقاق
رقبته على مولاه فيضر به المولى وانه غير داخل تحت الاذن لنا

في السرقة؟
في السرقة

انه مبني على اصل الحريه في حق نفسه (النفسية) وانما صار مملوكا للمولى
من حيث المالية الا ترى ان المولى لو اقر عليه بالحدود والقصاص
لا يصح لان نفسه غير مملوكة له في ذلك وفيما بقي العبد على اصل
الحرية يصح اقراره وان كان محجوراً (عليه) والمال هالك يقطع
يده ولا ضمان عليه وان كان المال قايما فان صدقه مولاه
فكذلك وان كذبه قال ابو حنيفه يقطع والمال
للمسروق منه وقال ابو يوسف والشافعي يقطع والمال للمولى
وقال محمد وزفر لا يقطع والمال للمولى له ان اقراره
لا يصح فيهما لان الخصومة المالك انما يصح في حق المال لا في حق
القطع واقرار المحجور عليه بالمال لا يصح مقصوداً فلا يصح في
حق القطع (ايضا) لان المال اصل في السرقه والقطع تبع له لان
القطع لا يجب الا باخذ مال معصوم فاذا لم يصح اقراره
في حق التبع لابي يوسف ان اقراره بالمال ان لم يصح في حق
استرداد المال بسبب التهمه يصح في حق القطع لعدم
التهمه لان العاقل لا يقر بالحد على نفسه كاذبا لابي حنيفه
انه متى صح اقراره في حق القطع لكونه مبني على اصل الحرية
في حق النفسية او لانتفاء التهمه وجب ان يصح في المال ضرورة

(الاصل لا يصح في حق)

لان

لانه من ضرورات وجوب القطع ان يكون المال للمسروق منه
لانه لا يتصور السرقه الا باخذ المال مسألة المنتقى
رجل قال سرقت من مال فلان مائه درهم لا بل عشرة
دنانير يقطع في العشر الدنانير ويضمن مائه درهم اذا ادعى
المقر له المائتين وهذا قول ابي حنيفه لانه رجع عن الاقرار
بسرقه مائه واقر بسرقه عشرة دنانير فصح الرجوع عن
الاقرار بالسرقه الاول في حق القطع ولم يصح في حق
الضمان وصح الاقرار بالسرقه الثانيه في حق القطع ومتى
وجب القطع انتفى الضمان وان قال سرقت مائه لا بل مائتين
قطع ولم يضمن اذا ادعى المقر له المائتين لان المائه الاولى لا
يدعيها المقر له مائته لم يقطع وضمن المائه لانه رجع عن الاقرار
بسرقه مائتين فلم يجب القطع ووجب الضمان ولم يصح الاقرار
بسرقه مائه لانه لم يدع المسروق منه ولو قال سرقت من هذا (عشرة)
دراهم لا بل سرقت من هذا عشرة دراهم قال ابو حنيفه
وابو يوسف اضمنه للاول عشرة واقطعه للثاني وهذا
رجوع من ابي يوسف الى ان الاقرار بالسرقه يصح بعد عنده
ولو قال سرقت من هذا عشرة دراهم لا بل سرقتها من هذا

(احدهما)

(خلاف المسئلة الاولى لو قال سرقت مائه درهم لا بل ...)

قال اضمنه لكل واحد عشرة ولا اقطعه لانه اقر بسرقتين
في حق مال واحد وقد صح رجوعه عن السرقة الاول فوجب ضمانه
اولا ومتى وجب ضمان المال انتفى وجوب القطع لانهما لا يجتمعان
رجل قال لرجل سرقت منك عشرين درهما لا بل عشرة لا اقطع
عليه عند ابي حنيفة لان كلمة لا بل لاستدراك الغلط فقد وقع
الشك والغلط في المسروق ولا يثبت واحد منهما فلا يجب القطع
وقال ابو يوسف اقطعه لان الاقل وهو العشرة ثابت
بيقين ك بشر عن ابي يوسف اذا قال سرقت عشرة دراهم لا
بل تسعة فلا قطع عليه في قياس قول ابي حنيفة لان التسعة صارت
دينا عليه قبل ان يقر بالعشرة ك

باب ما يضمن السارق وما لا يضمن واسترداد المال منه

المبسوط ه قطعت يد السارق وقد هلك المسروق في يده
او استهلكه لم يضمن خلافا للشافعي وكذلك اذا زنا بامراة
مكرهة يقام عليه الحد ولا يغرم العقر خلافا للعقوله عليه السلام
لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولان السرقة وردت على
مال غير معصوم حقا للعبد لان المال كان معصوما بعصمة
واحدة وهي العصمة الثابتة حقا للعبد لان الله تعالى خلق الاموال

مباحة تمكينا للعباد من دفع حوائجهم وتحقيق مصالحهم وانما
يثبت العصمة الواحدة بالاحراز حقا للعبد لدفع منازعة الغير
ومزاحمته في الانتفاع بملكه وقد انتقلت هذه العصمة الى الله
تعالى حالة السرقة لتنعقد السرقة جناية وان ذكره على ردة
حق الله تعالى فتنعقد موجبه للقطع لان القطع حق الله تعالى
على الخلوص واخذ مال غير معصوم حقا للعبد لا يوجب الضمان ك
رجل سرق سرقات لخصم واحد وقطعه ثم جاء البافون
واثبتوا السرقة لا يضمن لهم شيئا اذا هلك المسروق في يده
او استهلكه عند ابي حنيفة وعندهما ضمن للباقين لا للحاضر لان
المسقط للضمان هو القطع والقطع يستوفى بازاء سرقة الحاضر
لا بازاء سرقة الغائبين لان سرقة الغائب لم يثبت عند القاضي
بخصومة الحاضر فانهم لو حضروا وادعوا السرقة لا يثبت الا
بالبينة له ان القطع واقع عن السرقات كلها ثابتة في علم
الله تعالى الا انه لا يعلم القاضي الا بالبينة فاذا اثبت السرقات
كلها بالبينة ظهر للقاضي ان القطع كان بازاء الكل والقطع
يستوفى حقا لله تعالى ولا يجب بالسرقات كلها الا قطع واحد
يقع عن الكل في علم الله تعالى كما في حد القذف اذا قذف

مقدار ج

كلها لان السرقات ج

اذا قذف
جماعة فقضي بالحد

جماعة وقضي بالحد لواحد وحد ثم جاء الباقون واثبتوا فقدهم
لا يحد ثانيا لان الحد وقع باداء الكل لكذا هذا ه
الفتاوى رجل استقبلوه اللصوص ومعه مال لا يساوي
عشرة حل له ان يقاتلهم لقوله عليه السلام قاتل دون مالك
واسم المال يقع على القليل والكثير وفي نوادر معلى قال
ابو يوسف ان كان اقل من عشرة قاتل عليه ولا يقتله وان كان
عشرة او اكثر قتله وكذلك لو وجد رجلا مع امراته او جاريته
او مع محرم منه ان يزني بها او الغلبة عليها له ان يقتله وان
كانت مطاوعة له في الزنا قتلهما جميعا وفي نوادر ابن رستم
ان كان معه طعام او ماء وهو يخاف على نفسه الجوع والعطش له
ان يقاتله بالسيف وان كان لا يخاف على نفسه فانه يقاتله
بغير سلاح حتى ياخذ من صاحب الطعام والماء وان كان صاحب
الطعام والماء محتاج اليه وهو ملكه فهو احق به منه وفي
نوادر ابن سماعة عن محمد قال اللص اذا كان ينقب البيت
فراه صاحب البيت صاح به فان ذهب والا قتله وقال محمد
اذا اراد نقب بيته فقتله يغرم ديته قال ابو حنيفه يسعه
قتله ولا يغرم ديته وذكر ابن سماعة عن محمد اللص اذا دخل

لو وجد رجلا مع امراته او جاريته بالفجور

دار

١٢

دار رجل يريد سرقة ماله فعلم به صاحب الدار وعلم انه
لا يقدر ان ياخذه بيده له ان يقتله سواء دخل عليه مكابرا
او غير مكابر وهو يريد ان يسرق ماله يقتله لا قود ولا دية
عليه ه لصوص وقفوا على قوم فاخذوا امتاعهم فاستعانوا
بقوم حتى خرجوا في طلبهم ينظر ان كان رب المتاع معهم
او قاموا لكن لا يقدرون على رد متاعهم عليهم لا يحل لهم
القتال لان القتال يحل لاجل الاسترداد والرد على اربابها وقد
تعذر ذلك ه

باب قطاع الطريق

المبسوط ه قاطع الطريق لا يخلوا اما ان قتل واخذ المال
او قتل ولم ياخذ المال او اخذ المال ولم يقتل فان قتل
واخذ المال فالامام يصلبه ولا يقطع يده ورجله من خلاف
وان قتل ولم ياخذ المال يقتله ولا يصلبه وان اخذ المال
ولم يقتل يقطع يده ورجله من خلاف ولا يقتله لما روى محمد
عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهم
قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال
بن عويمر الاسلمي فجاء ناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحاب
ابي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم ان من قتل

استعانوا بقوم

يقدرون على رد المتاع عليهم
على تقدير القتال لانه عليهم رد
المتاع على اربابها فان كانوا

واخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن اخذ
المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما
هدم الاسلام ما كان في الشرك وهذا دليل على ان المراد من كلمة
او في الاية الواو لا التخيير مجازا كقوله تعالى ولا تطع منهم
آثما او كفورا ولان جناية قطاع الطريق تتنوع الى مغلظة
ومتوسطة ومخففة فيتنوع الجزاء كذلك لانه لا يجوز التسوية بين
الجناية المغلظة وبين الجناية المخففة في الجزاء لان لغلظ
الجناية اثر في تغليظ العقوبة ولخفتها اثر والمراد من قوله
تعالى او ينفوا من الارض هو الحبس في قطع الطريق بالتخويف
والتفزيع لا النفي من كل بلد بلغ اليهم فيطلبهم الامام
للباحثين حتى يأخذهم فيحبسهم حتى يحدثوا توبة لان الامام
انما صار مأمورا بنفيهم ليندفع شرهم عن المسلمين بالكلية
ودفع شرهم بالكلية انما يتحقق بالحبس بعد الاخذ لا بالنفي
والابعاد عن كل بلد لانهم ينتقلون من بلد الى بلد وقيل وجب
الطلب حتى يهربوا من الاماكن التي يتمكنون فيها من قطع الطريق
ويقوم هربهم من ذلك المكان مقام الحبس فقصد الاماكن
في الحبس ابعاد عن الاماكن التي يتمكنون فيها من قطع الطريق

بيانه

في تخفيفها

فيكون بغياً والواحد لو كابر الطريق واخذ المال
فليس بقاطع الطريق لان بالواحد لا ينقطع الطريق لان المارة
والسابلة لا يتركون المرور لاجل الواحد وشرائط قطع
الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة وهو ان يكون قوماً لهم قوة
وشوكة ينقطع الطريق بهم وان لم يكن في المصر ليلا ولا
فيما بين القرى العامرة ولا بين مدينتين وان يكون بينهم وبين المصر
مسيرة سفر لان قطع الطريق انما يكون بانقطاع المارة والسابلة
والمارة والسابلة لا يمتنعون عن الطريق في هذه المواضع لانهم
يلحقهم الغوث والاغاثة من جهة الامام او المسلمين ساعة
بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق وروي عن ابي يوسف
وهو قول الشافعي لو كانوا في المصر ليلا او فيما بينهم وبين
المصر اقل من مسيرة سفر يجري عليهم احكام قطاع الطريق
والفتوى على هذا المصلحة للناس وهي دفع شر المتغلبة
المتلصصة وان قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار
ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم صبرا وصلبا
وان شاء لم يقطع ايديهم وارجلهم ولكن يقتلهم صبرا او
صلبا وقال يقتل ثم يصلب ميتا لهما انه قطع

الطريق كما لو قطع الطريق وهو ظاهر الرواية

والفتوى عليه ... الكل ...

وهذا قول ابي حنيفة ... ولكن يقتلهم صبرا او صلبا

الطريق جناية متحدة والقطع والقتل كل واحد منهما حد على
حدة فلم يجز الجمع بين الحدين جزاء على الجناية المتحدة بل يدخل
ما دون النفس في النفس كحد السرقة مع الرجم او حد شرب
الخمر مع القتل ولكن يجب التغليظ في وصف الجناية اذا تغلظت
الجناية وله ان قطع الطريق جنايات متعددة متفرقة
في وجه من حق من انقطع الطريق عليه لانه قتل نفس واخذ مال
متحدة من وجه باعتبار انه توجب التخيير للامام ان شاء
جمع بين القطع والقتل على انه حد واحد اعتبارا لتعدد الجناية
وان شاء لم يجمع ويغلظ في وصفه اعتبارا لجهة الاتحاد
واذا اراد صلبه ذكر الكرخي انه يصلبه حيا ثم يطعن تحت
ثندوته الايسر حتى يموت وذكر الكرخي انه يقتله اولا ثم
يصلبه وهو قول الشافعي لانه اذا صلبه حيا ففي ذلك مثلة
وهي حرام والاول اصح لان المقصود هو الزجر والايلام
وزجر غيره يحصل بالصلب حيا اكثر وابلغ مما يحصل بالصلب
ميتا كالرجم لما كان الزجر والالم بالرجم اكثر مما يحصل بالقتل
جزاء بالسيف شرع الحد بالرجم لا بالقتل جزاء وفي ظاهر
الرواية يترك على خشبة ثلاثة ايام ثم يخلى بينه وبين اهله

في الزناء

ليدفنه

ليدفنوه لانه يتغير بعد هذه المدة فيتأذى به الناس وروي
عن ابي يوسف انه يترك على خشبته ليعتبر به غيره حتى يتقطع و
يسقط والردء والمباشر سواء في الحد بان ولي القتل
رجل منهم قتلوا جميعا وعند الشافعي لا يقتل الا المباشر
والصحيح قولنا لان الله تعالى علق هذا الجزاء بالمحاربة وبالسعي
في الارض بالفساد لا بالقتل لقوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون
الله ورسوله الاية وقطع الطريق انما يحصل بالمحاربة
والقتال لانهم يأخذون المال جهارا من الملاك فلا يمكنهم
الا بالمحاربة والردء في الحرب والقتال كالمباشر لان الردء انما
يقف ليقتل اذا وجد الفرصة وتمكن من المباشرة
فاعتبر مباشرا ولان الردء ساعي في الارض بالفساد كالمباشر
ولهذا ابيح قتل ردء اهل البغي واهل الحرب فان قتلوا
واخذوا المال ثم تابوا واصلحوا ولم يردوا المال
قبل الاخذ والرافعة سقط عنهم الحد ويقتل قصاصا وفي السرقة
الصغرى اذا تاب ولم يرد المال يقطع لان الله تعالى
استثنى التائب في قطع الطريق ممن يقام عليه الحد بقوله
الا الذين تابوا فلا يبقى داخلا تحت ايجاب الحد وفي السرقة

الساعي في الارض بالفساد

الصغرى لم يشترط النصاب من الجملة وانما ذكر النصاب
على سبيل الابتداء بقوله فمن تاب من بعد ظلمه واصلح الاية
وليس من ضرورة التوبة والمغفرة سقوط الحد عنه كسائر
الحدود ولا يسقط بالتوبة ولو قتلوا واخذوا المال
فاصاب كل واحد منهم اقل من عشرة دراهم يقتل قصاصًا لا
حدًا ولا يجب القطع على قاطع الطريق باخذ المال ما لم يكن
الماخوذ نصابًا لانه معلق باخذ مالٍ متعددٍ وهذا
النصاب كما في السرقة الصغرى ومتى تعذر ايجاب القطع
تعذر ايجاب القتل حدًا كاملًا لانه انضمت الى جنايه
القتل جنايه اخرى وهو اخذ المال وان كان دون النصاب
مع جنايه اخرى انضمت اليه لا يمكن ان يجعل القتل حدًا كاملًا
كما اذا كان الماخوذ نصابًا يجعل قصاصًا ❊ العيون
عشرة نسوة قطعن الطريق واخذن المال قتلن وضمن

عشر نسوة قطعن الطريق واخذن المال

المال لانهن قتلن واخذن المال عشرة قطعوا الطريق وفيهم
امراة فتولت المراة المال (القتال) فقتلت واخذت المال ولم يفعل
ذلك الرجال يقتل الرجال دون المراة عند ابي يوسف
لان القتال وجد من الرجال لان المراة انما قاتلت بسبب

مظاهرتهم وقوتهم وشوكتهم لا يوخذ بها الا ان القتل من
المراة اعتبر شرطًا لتغلظ حراب الرجال واذا اعتبر قتلها
شرطًا في حق الرجال لا يعتبر علة الوجوب في حقها وقال
ابو حنيفة ومحمد ادرا عنهم الحد لانه لم يوجد من الرجال
القتل واخذ المال فامتنع وجوب الحد عليهم لانهم ليسوا
بردء او معاونين لها في شي قاتلت المراة واخذها المال
بسبب مظاهرة الرجال وقوتهم فاورث ذلك شبهة
في درء الحد عنهم ❊ رجل خرج قاطعًا للطريق على ان

ان استقبله الناس ع

يسلب امتعة الناس وتعلم ان استقبله الناس فقتلوه لا شي

وقاتلهم ح

عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فر الرجل من هولاء
الى موضع لا يقدر على قطع الطريق ثم قتلوه كان عليهم الدية
لانهم قتلوه لا لاجل مالهم بل قاصدًا لا دافعًا ❊

كتاب الغصب

يحتاج الى معرفه تفسير الغصب لغةً وشريعةً وركنه
وشرطه وحكمه وانواعه ❊ اما تفسيره فالغصب
لغة عبارة عن اخذ مال الغير على سبيل التغلب والسلطنة
قال الله تعالى وكان وراءهم ملك ياخذ كل سفينة غصبًا

اي اخذ بطريق القهر والغلبة وفي الشريعة عبارة عن اخذ مال
متقوم معصوم محترم قابل للنقل على وجه يتضمن تفويت يد المالك وعند
محمد تفويت المالك لا غير وعند الشافعي اثبات اليد العادية لا غير
والصحيح قولنا لان اخذ المال من الضمين اتلاف ماله عليه باخراجه
من ان يكون منتفعا في حقه باعجازه عن الانتفاع ليسد طريق
الانتفاع وحسم بابه عليه والاتلاف مستدعي سابقة الاتلاف
تحقيقا للمعادلة والانصاف والاتلاف معنى بازالة يد المالك
وتقصير يده عن ماله ثم كونه قابلا للنقل والتحويل شرط عندهما
وعند محمد والشافعي يضمن وصورته ان من بنا دار غيره او زرع
ارض غيره بغير اذنه ثم خربت الدار او غرق العقار لا يضمن
خلافا لهما لمحمد ان اثبات اليد العادية على وجه يتضمن
ازالة اليد المحقة يتصور في العقار لا اجتماع اليدين المتنافيتين
المتدافعتين على شي واحد لا يتصور فاذا ثبتت اليد العادية
للغاصب انتفت يد المالك ضرورة لانه قصرت يده المتصرفة
والمتقلبة فيه وعجز عن الانتفاع والارتفاق به لا بحق اليد
العادية عليه لهما ان الغصب انما انتهض موجبا للضمان
باعتبار كونه اتلافا للعين معنى لما بينا والاتلاف معنى في العقار

والتحويل ع

خلافا لمحمد حتى ان العقار الذي لا يضمن بانتفاع نقله وتحويله لا يضمن بالغصب عندهما ع

لا يتحقق لان المالك انما يعجز عن الانتفاع بالمحل بواسطة النقل
والتحويل بالتغييب والتبعيد عنه فلا يظفر المالك بماله فلا
يمكنه اعادة اليد عليه والعقار يقرب منه امكنه اعادة
اليد عليه وتهيأ له الانتفاع بالاستعانة من القاضي وغيره فلا
يتصور اتلاف العقار معنى فلا ينعقد موجبا للضمان ك واما
ركنه وشرطه فقد اندرج في تفسيره ك واما حكمه
فوجوب رد المغصوب ان كان قائما ومثله ان كان هالكا

او قيمته ع

باب معرفة حكم الغصب

المبسوط ك الغصب على ضربين احدهما لا يتعلق به المأثم كمن
اتلف مال الغير وهو يظن انه له او اشترى متاعا وهو يظن
انه لصاحب اليد فقبضه وتصرف فيه ثم تبين له مستحق فلا اثم
عليه وكذلك ان ملكه بوجه من الوجوه بينه لنا ويغرم بدله
لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا
عليه ك والثاني ما يتعلق به المأثم وهو ما اخذ على وجه
التعدي والتغلب فهو آثم باخذه وامساكه وعليه رد العين
في الوجهين ان كان قائما لقوله عليه السلام لا ياخذ احدكم
متاع صاحبه لاعبا ولا جادا فاذا اخذ احدكم عصا صاحبه

الغصب على ضربين

على اليد ما اخذت حتى ترد اي ضمان ما اخذت وقال عليه السلام ع

فليرده عليه وان كان هالكا او عجز عن رده كالآبق والعبد
ونحوه فان كان مثليا كالمكيل والموزون والمعدودات
المتقاربة ضمن مثله لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم ولان الواجب ضمان الجبر لما بينا والجبر
من كل وجه انما يتحقق بايجاب المثل لان المعادلة والانتصاف
فيه وان لم يكن مثليا كالمذروعات والحيوانات والعدديات
المتفاوتة ضمن قيمته لان قيمة الشيء يماثله في المعنى وهي المالية
ويخالفه في الصورة فمتى تعذر جبر الفائت بايجاب المثل من كل
وجه يضمن جبر الفائت بايجاب المثل معنى تحقيقا للمعادلة بقدر
الامكان وسواء عجز عن رده بفعله او بفعل غيره او بآفة سماوية
فعليه القيمة لان الضمان يوجب الغصب وهلاك العين او العجز
عن رده شرط لوجوبه لان حق المالك في رد عين ماله فلا يعدل
عنه الى القيمة الا عند التعذر والقيمة انما تجب جبرا لحقه دفعا
للضرورة عنه وذلك لا يتفاوت بتفاوت اسباب الهلاك ٥
ويضمن قيمته يوم الغصب بالاجماع وفي المثل اذا لم يقدر على مثله
بانقطاعه عن ايدي الناس كما لو غصب عنبا او رطبا فانقطع
عن ايدي الناس فعلى الغاصب قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة

وعند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع
لابي يوسف ان الضمان انما يجب بالغصب لا بالانقطاع ولا
بالهلاك فيجب اعتبار القيمة يوم الغصب كما في المثل لمحمد
ان الغصب كان موجبا للمثل دون القيمة وانما يخرج من ان يكون
موجبا للقيمة يوم الانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع لابي
حنيفة ان الغصب انما يصير موجبا للقيمة بالقضاء لان هذا
الغصب موجب للمثل دون القيمة وان انقطع عن ايدي
الناس لان وهم الوجود قائم ورجاء الوصول اليه غير
منقطع واحتمال الوجود يكفي لبقائه موجبا للمثل لما فيه من
الفائدة الا ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض او اشترى
عبدا فابق قبل القبض لا ينتقض العقد لبقاء توهم القدرة
فكذا هذا وانما يخرج ان يكون موجبا للمثل ويصير موجبا
للقيمة بالقضاء فيعتبر قيمته يومئذ بخلاف غير المثلي لان القيمة
تجب بالغصب الا ان الهلاك شرط لوجوب القيمة ليتحقق العجز
عن رد العين فاذا تحقق العجز بالهلاك استند وجوب القيمة
الى الغصب فيعتبر قيمته يومئذ

باب ما يقع به الغصب وما لا يقع ٥

المضمونات تملك عند اداء الضمان

مستندًا

المبسوط ؟ المضمونات يملك عند اداء الضمان الى وقت
الغصب خلافًا للشافعي رض لو ابق العبد المغصوب فقضى
القاضي عليه بالضمان ثم عاد من الاباق يعود على ملك الغاصب
واكسابه له وعنده يعود على ملك المالك واكسابه له لان
المالك لما ملك بدل المغصوب بكماله بدليل انه يملك جميع
التصرفات المختصة بالملك فيه من البيع والاعتاق وحل الوطى كان
كانت جارية وجب ان يزول البدل عن ملكه الى ملك
الغاصب تحقيقًا للمعادلة له ورعاية للمماثلة في باب المبادلة
ويملك اكسابه ولا يملك انه لا يملك ولد المغصوبة لان الكسب
تبع محض للكاسب لانه حصل بفعله وكسبه يظهر استناد ملك
الاصل في حقه فالولد ليس تبع للام من كل وجه بدليل انه
ينفرد باحكامه فلم يظهر استناد ملك الاصل في حقه ؟ ولو
اخذ مال غيره بغير اذنه وهو ما يقبل النقل والتحويل ونقله
يصير غاصبًا كما لو استخدم مملوك رجل بغير اذنه او ارسله في
حاجته او ركب دابته او حمل عليها شيئًا او ساقها فهلكت
مضمونًا من لان هذا الفعل اثبت اليد الناقلة المتصرفة
العادية المتعدية عليه وذلك يوجب ازالة يد المالك بفعله

لو استخدم مملوك رجل

[marginal note, vertical:] ... به الغصب ...

غاصبًا وان لم ينقل شيئًا مما يحتمل النقل كما لو جلس على بساط
الغير او هبت الريح بثوب انسان والقته في حجر انسان ما لم
ينقله ويمسكه لنفسه لانه لم يوجد ازالة يد المالك
ولو ركب دابة رجل بغير اذنه ثم نزل فماتت ضمن على رواية
الاصل والصحيح عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يضمن حتى يحولها
عن موضعها ؟ وزوائد المغصوبة المنفصلة والمتصلة كالولد
واللبن والصوف والسمن والجمال امانة غير مضمونة الا بالاتلاف
او منع وقال الشافعي هي مضمونة والصحيح قولنا لان
الغصب ازالة يد المالك وتفويتها عنه وقد انعدمت ازالة
يد المالك في الزوائد لانه ما وجد من الغاصب منع الزوائد عن المالك
صريحًا ولا دليلًا لان غصب عين لا يدل على غصب عين اخرى
حتى لو جاء المالك وطلب استردادها منه فمنعها عن التسليم
يضمن بالاجماع لانه صار غاصبًا بالمنع ولو باعها وسلمها الى المشتري
ففي المنفصلة بالخيار ان شاء ضمن المالك وان شاء ضمن المشتري
قيمته يوم البيع والتسليم في المتصلة بان غصب جارية تساوي
الفًا فصارت عنده تساوي الفين فباعها وسلمها وهلكت
عند المشتري فللمالك ان يضمن الغاصب الف درهم لا غير عنده

الصحيح لا يضمن حتى يحولها عن موضعها

فزادت عنده

ابي حنيفة وعندهما له ان يضمنه الغير درهم قيمتها يوم القبض
بالشراء لنا ولهما ان بالتسليم فوت امكان الاخذ والاسترداد
منه وتفويت امكان الاخذ والاسترداد منه يجري مجرى
الغصب في حق الاتلاف كغاصب الغاصب يضمن بتفويت
امكان الاخذ من الغاصب الاول فكذا هذا لابي حنيفة ان
الغصب ازالة يد المالك وازالة يد المالك في حق الزوائد
المتصلة لا يتصور لان الازالة تقتضي سابقة الاثبات ويد
المالك لم تكن ثابتة على هذه الزوائد لاحتواء يد الغاصب
عليها بواسطة ثبوت يده على الاصل لانها لا تنفك عن الاصل
فلا يتصور افرادها عن الاصل بالغصب بخلاف الزيادة المنفصلة
لانها كما حدثت في يد المالك المتمكنة من الاسترداد والاخذ
من الغاصب لانه لم يوجد منه منع المالك من اخذه فتحققت
ازالة اليد في حق الزيادة فامكن افرادها بالغصب وكذلك
لو ان استهلك الزوائد المتصلة في غير الادمي لا يضمن الزيادة
عنده خلافا لهما وهو الصحيح وان كان عبدا او امة وقيمته
يوم القتل الفان ويوم الغصب الف فقتله هو او غيره
فان شاء المالك ان يضمن الغاصب الفا حالا في ماله وان شاء

عاقله

عاقلة القاتل في ثلاث سنين لانه تعدى له سببا ضمان وهو
الغصب والقتل وضمانهما مختلفان فله ان يختار ايهما شاء
والمنافع لا تضمن بالغصب والاتلاف خلافا للشافعي وصورته
ان يحبس عبد انسان او دابته بغير اذن مالكه شهرا ولم ينتفع
به وصورة الاتلاف ان يغصب عبدا او دابة وانتفع به
لان الاتلاف صادف ملكه لان المنافع تحدث على ملكه
لانها تحدث بفعله لانها كانت معدومة قبل فعله اذ لو
كانت موجودة قبل فعله لما تصور اتلافها لانها اعراض
لا تبقى زمانين كما وجد تتلاشى وتضمحل فالبقاء عليه كيف
يتصور ولكنها حدثت بفعله لان المنافع وهي اندفاع
الحر والبرد ووصول اللذة والراحة اليه تحدث
بفعله وهي سكنى الدار ولبس الثوب وركوب الدابة
وفعله كسبه والكسب عليه لثبوت الملك في المكسوب
لانه سبب لحدوث المكسوب فكان احق به من غيره

باب ضمان النقصان

المبسوط ان اصله ان المغصوب بجميع اجزائه واوصافه
مضمون بفعل الغاصب حتى لو نقص في يديه فرده ضمن ما نقص

لان الغصب فعل صادف الذات بجميع اجزآئه واوصافه
فيتحقق الاتلاف في الكل فصادف الذات بجميع الاجزآ
والاوصاف مضمونا عليه لان الواجب عليه ان يرد المغصوب
على الوصف الذي غصب واذا انتقص المغصوب في يد
الغاصب فلا يخلوا اما ان انتقص بفعل الغاصب او بآفة
سماوية فلا يخلوا اما ان انتقص بتغير السعر او بفوات جزء
من البدن او بفوات وصف منه فالنقصان بتراجع السعر
غير مضمون على الغاصب لانه لا ينتقص من عينه شيء لان تغير السعر
فتور رغبة يحدثه الله تعالى في قلوب العباد لا بمعنى يرجع الى العين
والنقصان بفوات الجزء في الاموال الربوية كالمكيلات
والموزونات نحو ان غصب حنطة فعفنت عنده او يكسر
الدراهم والدنانير او غصب خلا فصب فيه ما فالمالك
بالخيار ان شاء اخذه ولا شيء عليه وان شاء تركه وضمنه مثله وعند
الشافعي له ان يضمنه النقصان بناء على ان الجودة بانفرادها
في اموال الربوية لا قيمة لها خلافا له وان كان اناء فضة
فتهشم في يده فان شاء اخذه ولا شيء له وان شاء ضمنه قيمته من
خلاف جنسه حتى لا يفوت حقه في الصياغة وكذلك انية

الصفر

فان انتقص بآفة سماوية ح

لا بفعله ح

لان الصياغة متقومة لانها حصلت بصنع العباد ولا يمكن تضمينها من جنسه لانه يؤدي الى الربا فيضمن بخلاف جنسه ح

الصفر والنحاس والشبه ان كان يباع وزنا لانه يدخلها الربا
فان كان يباع عددا لم يكن من مال الربا واذا لم يكن من
اموال الربوية فنقصان الجزء من الشلل او نقصان الوصف
كذهاب السمع والبصر وما يفوته معنى من العين كنسيان الحرفة
او حدث به عيب ينقص من قيمته كالاباق والجنون والسرقة في
العبد والجارية والزنا فهذه عيوب لانها توجب النقصان
فيكون مضمونا عليه فيقوم العبد صحيحا ولا عيب به ويقوم
به العيب والنقص فيضمن فضل ما بينهما لصاحبه وعلى هذا اذا
غصب عصيرا فصار خلا او عنبا فصار زبيبا او لبنا فصار رائبا
او رطبا فصار تمرا فالمالك ان شاء اخذ عينه ولا شيء له وان
شاء ضمنه مثله لانه من اموال الربا فان غصب عبدا صغيرا
فكبر او جارية صغيرة فكبرت اخذ المالك ولا شيء للغاصب
من النفقة لانه متبرع في الانفاق ولو كان شابا فصار
شيخا او كانت شابة فصارت عجوزا يضمن النقصان لان
ما انتقص في الذات وهو القوة في الاعضاء والتكبير
في الجمال مضمون عليه ه و ذكر الكرخي لو غصب غلاما
امردا فالتحى عنده لا يضمن شيئا لان اللحية جمال وزينة للرجال

والعرج ح

غصب صغيرا فكبر او صحيحا فكبرت فلو كان شابا فصار شيخا يضمن النقصان

اللحية زينة

وان كانت جارية ناهدة الثديين فانكسرت يضمن النقصان لان
الانكسار نقصان في الجواري لمقاصد الناس في ذلك وانه
مقصود معتبر وان حلق جعد الغلام فنبت الشعر ولكن
لم ينبت كما كان لم يضمن لان هذا يعد نقصان الجهلة من الناس
لاغراض فاسدة وذكر في النوادر لو غصب عبدا قاريا
فنسي القران او كان نجارا فنسي النجارة او كان نحويا فنسي الحرفة
ضمن النقصان فيقوم عالما ويقوم وهو لا يحسن فيضمن نقصان
ما بينهما وأما اذا انتقص بفعله او بفعل غيره بان غصب
ثوبا فخرقه او عصا فكسره فان كان مستهلكا للعين بان فوت
عامة منافعها ضمنه قيمتها لان تفويت عامة المنافع استهلاك
للعين معنى واستهلاك سبب الضمان كما لو غصب شاة فذبحها
او قطع رجلها الا ان له ان ياخذ بغير شي لانه بقي شي من العين
منتفعا به في ماله قيمة فلم ينقطع حقه عن العين وان لم يستهلكه
فان لم يفوت عامة منافعه فان كان خرقه او كسرا يسيرا ضمنه
ما نقصه لانه لم يفوت شيئا من منافعه بل عينه وانما يعيب
المنافع مع بقائها فيكون نقصانا لا اتلافا فانه يضمن النقصان
واخذ الباقي وان كان خرقا فاحشا فانه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته

وتركه

حلق جعد الغلام

لو غصب عبدا قاريا فنسي

وتركه عليه وان شاء ضمنه النقصان واخذ الباقي لانه تعدى
له سببا ضمان سبب ضمان الكل وهو استهلاك العين من وجه
بتفويت بعض منافعه وسبب ضمان النقصان وهو تعييب
ما بقي من منافعه واختلفوا في حد الخرق اليسير والفاحش
قيل ان ما اوجب نقصان الربع في القيمة فصاعدا فهو فاحش
وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة فالاكثر
قائم باعتبار القيمة وللاكثر حكم الكل فاعتبر نقصانا لا اتلافا
وان كان النقصان اكثر من نصف القيمة يعتبر استهلاكا
لان العبرة للاكثر واذا استويا اجتمع الهلاك والنقصان
فيخير المالك والصحيح ان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض المنفعة
ويفوت به بعض العين واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعة
والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان
عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة
لا غير لقيام اكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر
العمل بالحدين فمتى امكن العمل بهما لا يشتغل بالترجيح
وهنا امكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار
له فلا يعتبر الراجح فعلى هذا الكسر اليسير ان ياخذ منه شظية

بيان الفاحش واليسير

لانه متى انتقص اقل من نصف القيمة

وانما يدخل نقصان في النفعة لان الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع النفعة

حتى لا يفوت من منافع العصا ومتى شقه بنصفين طولاً او عرضاً
حتى فات بعض المنافع يكون استهلاكاً من وجه نقصاناً من وجه
فيكون له الخيار ولهذا اثبت عمر رضي الله عنه لفقء عين واحدة
الخيار لانه يفوت به بعض الجمال غصب دابة فقطع

غصب دابة فقطع يدها او رجلها

يدها او رجلها ضمن قيمتها لانها صارت مستهلكة لانقطاع المنافع
كلها وذكر في النوادر ان كان يؤكل لحمها فله الخيار لانه
استهلاك من وجه لانه ينتفع بلحمها ولو غصب ثوباً فقطعه ولم
يخطه ان شاء ضمنه وان شاء اخذ المقطوع وضمنه ما نقصه
لان عين ماله لم يصر مستهلكاً ولكنه صار معيباً لانه دخل فيه
نقص من غير فوات منفعة

فصل

ولو ولدت

لو ولدت الجارية المغصوبة

الجارية المغصوبة في يد الغاصب ردها وما نقصتها الولادة
لانها مضمونة بجميع اجزائها والفائت جزء منها ويجبر نقصان
الولادة ان كان في الولد وفاء خلافاً لزفر والشافعي وان لم
يكن فيه وفاء فلا يجبر لهما ان الولد ملكه فلا يجبر
النقصان بملكه لنا ان هذا النقصان لازمته زيادة
مطلوبة بمجرى العادة لان الولد يحصل بالولادة والولادة
لا تنفك عن الالام والاوجاع والالام لا تخلو عن النقصان

والزيادة

والزيادة وهي الولد مطلوبة باتخاذ الامهات فان الولد
والنسل مطلوب من الحيوان عادة ومن الجواري في بعض
البلاد معناه فكان نفعاً مطلوباً بمجرى العادة وهذه
الزيادة لا تنفك عن هذا النقصان فلا يقابل الضمان لان
هذا لا يعد نقصاناً عادة كان راضياً به كما لو قلع سن انسان
فنبتت مكانها اخرى بخلاف ما اذا ماتت الام وبقي الولد
يضمن قيمة الام لان الولادة تنفك عن موت الام عادة وبخلاف
ما اذا لم يكن بالولد وفاء لان الظاهر ان قيمة الولد تفي نقصان
الولادة فاذا لم يكن به وفاء يعد هذا نقصاناً ولكن العبرة
للظاهر لا للنادر ولو ماتت في يد الغاصب من حبل بزنا

لو ماتت في يد الغاصب من الحبل بزنا

فالمولى يأخذها ونقصان ذلك قال ابو يوسف ينظر
الى ما نقصها الحبل ونقصان عيب الزنا فيضمن الاكثر ويدخل
الاقل فيه استحساناً والقياس ان يضمن كل النقصانين جميعاً
وهي رواية عن محمد لانهما نقصانان مختلفان فلا يستتبع احدهما
الاخر في حق الوجوب وجه الاستحسان ان كلاً منهما حصل
من الزنا فان الحبل لما حصل من الزنا كان نقصانه ايضاً
حاصلاً بالزنا فاتحد سببها فتعذر الجمع بين الضمانين فاوجبنا

الاكثر واذا ردها الغاصب حاملاً فماتت من الولادة وبقي
ولدها فعند ابي حنيفة يضمن جميع قيمتها وعندهما لا يضمن
الا نقصان الحبل خاصة **لهما** ان سبب التلف وهو
الولادة وحصل عند المالك بعد صحة الرد من الغاصب
لان العيب لا يمنع صحة رد الاصل فخرج عن عهدة رد الاصل
وبقي في عهدة النقصان والعيب فصار كما لو باع امة حاملاً
وولدت عند المشتري وماتت من نفاسها لا يرجع على البائع
بشي **له** ان الموت حصل بالولادة والولادة حصلت
بالحبل لان الحبل يفضي الى الولادة فحصل الموت بسبب وجد
في ضمان الغاصب فانتقض الرد من الاصل لانه لم يرد على الوجه
الذي اخذ فلم يصح لان الاخذ وجد وهي سليمة عما يفضي بها الى
التلف فاذا تحقق التلف بذلك المعنى المفضي الى الموت
ظهر ان الرد لم يصح فحصل الموت بسبب في ضمانه فيضمن
قيمتها كما اذا جنت عند الغاصب فردها ثم قتلت بتلك الجناية
عند مولاها ولو سرقت او زنت في يد الغاصب ثم ردها
على المالك فقطعت فيه او حدت فعند ابي حنيفة يضمن الغاصب
في حد الزنا الاكثر مما نقصها الضرب ومما نقصها الزنا وفي

وقطع

او احدث عبد الغاصب ... فقتل بتلك الجناية

٢٢

وقطع السرقة يضمن نصف قيمتها وعندهما يضمن نقصان السرقة
والزنا ولا يضمن ما نقصها الحد وهذا بناء على ان النقصان
الحاصل بالاستيفاء مضاف الى سبب وجد في ضمان الغاصب
وهو الزنا والسرقة عنده وعندهما مضاف الى سبب وجد في يد
المالك كمن اشترى عبداً قد وجب حلال الدم فقتل في يده
يرجع بجميع الثمن على البائع عنده لما ان التلف حصل بسبب
في ضمان البائع وعندهما يرجع بالنقصان لما ان التلف
حصل بسبب في ضمان المشتري فكذا هذا لان عنده يعتبر
الاكثر من نقصان الضرب ومن الزنا لان كلاهما حصل
بفعل واحد فلا يجمع بينهما فاوجبنا الاكثر وفي القطع بالسرقة
اعتبر نقصان القطع اكثر من نقصان السرقة
المنتقى ولو حمت في يد الغاصب ثم ردها على المولى
فماتت من تلك الحمى لم يضمن الغاصب الا نقصان الحمى بالاجماع
لان الموت انما حصل بتناهي الالام وزوال القوة وانما تناهت
الالام في يد المالك لم يحصل الموت بسبب في ضمان الغاصب ولو حبلت في يد الغاصب
من زوج كان لها عند المالك او احبلها المولى لا يضمن
الغاصب لان النقصان حصل بسبب من جهة المولى وهو احبالها

نقصان ح

ونقصان عيب السرقة لان الغالب المعتاد الى نقصان القطع ح

لو حمت في يد الغاصب ثم ردها

او تسليط المولى الزوج عليها فصار كما لو قتلها في يد الغاصب
ولو غصب جاريه حاملاً او محمومة او مريضه او مجروحةً
فماتت من ذلك في يده لم يضمن قيمتها وبها ذلك العيب لانه
غصبها وهي منقوصه معيبه بذلك العيب فلم تدخل في ضمانه
سليمه ولو حمت في يد الغاصب او ابيضت عيناه فردها
وولدها ضمان النقصان الى الغاصب لانه ارتفع النقصان فصار
كما لو حلق شعر انسان ثم نبت ولو غصب جاريةً فولدت
عند الغاصب ولداً ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل فضمن
المالك الغاصب الاول قيمة الام فللغاصب الاول ان يضمن
الثاني قيمة الام والولد جميعا ويتصدق بقيمة الولد لان باداء
الضمان ملك الام بالغصب السابق فيظهر ان الولد حدث
في ملكه لكن ملكه بسبب خبيث فيتصدق به ولو ولدت
المغصوبة عند الغاصب ثم جحدها اياه وجحد ولدها قال
ابو يوسف يوم غصبها وقيمة ولدها يوم جحدها لان الولد
بالجحود دخل في ضمانه لا بالغصب **الفتاوى** هشم ابريق
فضة لرجل وهشمه اخر ايضا او صب الماء على حنطة رجل ثم
صب اخر ايضا حتى زاد في النقصان وروي عن محمد رحمه الله

الضمان

اذا ابرئ برئ من ضمان النقصان

ما الحكم من ضمان النقصان ثم ذهب الحمى والبياض يرد المولى

الضمان على الثاني ويبرئ الاول لانه لا يمكنه الرد على الاول
كما اخذ لان صاحب الابريق لو ضمن الاول يجب عليه ان يرد
المضمون على الاول كما اخذه ولا يمكنه ذلك في جدارٍ
بين اثنين لهما عليه حمولة فزاد احدهما في حمولته حتى انصدع
الحايط قال ان علم ان الانصداع حصل لاجل تلك الزيادة
ضمن قدر الوهن والصدع وذلك بانه لو لم يرفع هذه الزيادة
لسقط الحايط فانه يضمن جميع القيمة ولو لم يسقط ضمن النقصان
فان اخذ قيمة النقصان فعليه ان يصلح الجدار بتلك وليس
له ان لا يعمر الجدار ولا يصلحه كما لو هدم جدارا بينه وبين
اخر وضمن القيمة فانه يبني بها هذا الجدار وليس له ان لا يبني

ينظر فائدة

ان اخذ قيمة النقصان فعليه ان يصلح الجدار

باب المغصوب اذا تغير بفعل

الغاصب او لا بفعله في المبسوط في غصب حنطة فطحنها
او زرعها او دقيقا فخبزه او غزلا فنسجه او قطنا فغزله
او لحما فشواه او سمسما فعصره او بيضة فحضنها تحت دجاجة
فافرخت او مالاً فابتنى او ساجة فادخلها في بنايه او جعلها
بابا او اجرا او لبنا فبنى به اساس حايط ونحو ذلك فانه
ينقطع حق المالك عن العين ويضمن مثله ان كان مثليا وقيمته

ان لم يكن مثلياً خلافاً للشافعي لما روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان ضيفاً عند بعض الانصار فقدموا اليه شاة مصلية
فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغه فسألهم عن شانها فقالوا
هذه شاة لفلان ذبحناها حتى ياتي فنرضيه فقال عليه السلام
اطعموها الاسارى ولولا انهم ملكوها لما حل له الامر بالتصدق
بغير اذن المالك والمعنى المستنبط من هذا وهو ان الغاصب
احدث في المغصوب صنعة متقومة استهلكت العين من وجه
لان الطحن والخياطة والشي صنعة متقومة يزاد بها مالية العين
وتقومها ولهذا الناس يبدلون مالاً ابتغاء بلغها وتدفات باحداث
هذه الصنعة عامة منافع العين فصارت العين هالكة من وجه
فوجب ان ينقطع حق المالك في العين وحق الغاصب في
الصنعة لانها حدثت بفعله وكسبه فلا بد من ابطال
احدهما بالاخر فقطع حق المالك عن العين اولى لان حق الغاصب
في الصنعة قائم من كل وجه وحق المالك قائم من وجه هالك
وقطع حق الهالك من وجه وانه اقل ضرراً اولى من قطع
حق القائم من كل وجه وانه اكثر ضرراً ولو غصب شاة
فذبحها او سلخها وارّبها ولم يشوها او غصب ثوباً فقطعه

ولم يخطه فان شاء ضمنه قيمته وان شاء ضمنه ما نقصه لانه
ما احدث صنعة متقومة لان الذبح استهلاك لانه تفويت
لجميع المنافع المطلوبة من الحي وهو الدر والنسل والرسل
وكذلك قطع الثوب استهلاك وروى ابو يوسف
والحسن عن ابي حنيفة في الشاة اذا ذبحها ان شاء ضمنه قيمتها
وان شاء اخذها ولا شيء له غيرها لان المقصود من الشاة
اللحم والذبح تحقيق ما هو المقصود الا انه فوت عليه منفعة
الدر والنسل فله ان يضمنه قيمتها جبراً لما فات عليه ٥
ولو غصب تبر ذهب او فضة فصاغه حلياً او اناء او ضربه
دراهم فالمالك ان ياخذه ولا يعطيه شيئاً عند ابي حنيفة
وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لهما
انه احدث فيه صنعة متقومة لانه ازداد بهذه الصنعة
قيمة الذهب والفضة واستهلكه من وجه لانه فوت جنس
المنفعة وهي الثمنية ولا يجوز ابطال حقه في هذه الصنعة
فصار ملكاً له كما لو غصب حديداً او صفراً فضربه له
ان بهذه الصنعة معنى الثمنية لم يفوت لا الثمنية بعد اذ ادت بضربه دراهم والموزون
يصلح ثمناً في الذمة وكان هذا تغييراً لا يقطع حق المالك لانه

فترح ع

يكون حقه قايما في الذات من كل وجه لقيام محله من كل
وجه حق المالك باعتبار انه صاحب الاصل وصاحب الاصل
اولى بالتملك من صاحب الوصف كما في الثوب المصبوغ وكما
لو قصر الثوب ولو غصب فضة او دراهم فجعلها عروة

عروة ع

او قلادة او انا ينقطع حق المالك لانه صار تبعا للانا حتى
دخل تحت الانا من غير ذكر والتبعية استهلاك من وجه
لانه يفوت به جنس المنفعة وهو تبعه مقصودا لانه لا
يمكنه بيعه الا بالفصل عن الانا وفيه ضرر صاحب الاصل
ولو غصب حديدا او صفرا فجعله انا فان كان يباع
وزنا لا ينقطع حق المالك عليه كما في الفضة وان كان يباع
عددا سقط حق المالك لانه استهلكه من وجه لانه لما اخرجه
عن كونه موزونا فقد اخرجه عن كونه ثمنا وتفويت جنس
منفعة تكون استهلاكا من وجه وكذلك لو غصب فلوسا
وصاغ منها انا ضمن الفلوس لانه اخرجها عن كونها ثمنا فيصير مستهلكا
لها من وجه مع احداث الصنعة المتقومة فيها ٥ ولو غصب جريجا
او مريضا فداواه او حتى برا او ارضا فيها زرع او نخل فسقاه
او كان نخلا فابره ولقحه فلا شي للغاصب من النفقة لانه متبرع

فيما

فيما انفق والنما حصل في ملك المغصوب منه فيكون له ولو
حصد الزرع او جد الثمر او جز الصوف او حلب اللبن
واستهلكه ضمن ذلك لانه اتلف مال الغير ولو غصب من مسلم
خمرا لم يضمن فان خللها بشي فان شمسه او القى فيها حنطه
او شيا يسيرا من الملح بحيث لا قيمة له فللمالك ان ياخذه لانه
لم يستهلك الخمر بتفويت بعض المنافع لان منافعها هالكة
لانه محرم استيفاؤها شرعا ولهذا لا يضمن متلفها فبقي مجرد احداث
الصنعة من غير استهلاك وما لم يجمع كلا الوصفين وهما احداث
الصنعة والاستهلاك لا ينقطع حق المالك لما بينا ولو
خللها بشي له قيمة كالملح والخل فقال مشايخنا ينظر ان لقي
فيها الملح فهو الغاصب عند ابي حنيفة وعندهما اخذه المالك
ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيها بمنزلة دبغ جلد الميتة وان
اراد تركه ويضمنه قيمته في رواية لم يكن له التضمين وفي رواية
له ذلك كما في جلد الميتة لما بينا وان القي فيها الخل فعند
ابي حنيفة هو للغاصب لان نفس الخلط استهلاك عنده وعند
محمد ان صار خلا من ساعته بان صب فيها خلا كثيرا فهو
للغاصب ولا شي عليه وان صب فيها خلا قليلا فهو بينهما

علی نقد اركیلهما لانه لم يصر مستهلكا للخمر بل صار خالطا خلط
بخل صاحبه فصار كما لو خلط الخل بالخل وقيل يشتركان فيه
عندهم جميعا لان تملك الخمر من الغاصب متعذر بسبب الخلط
لان الخمر لا يملك لسائر اسباب الملك فكذا الخلط فيتعين
ملكا للمغصوب منه فاذا صارت خلا فله ان ياخذه كما لو اخلط
خمر غيره بخله ذكر في المنتقى لو صب خل نفسه في خمر انسان
وهما نصفان فالخل بينهما نصفان ولو غصب جلد ميتة فدبغه
بشي لا قيمة له اخذه صاحبه واعطاه ما زاد الدباغ فيه لانه
اتصل بالجلد عين مال قائم للغاصب والغاصب وان احدث
وصف المالية في الجلد لكن لم يستهلك الجلد من وجه
فلم يملك الجلد ويملك العين المتصل بهذا الجلد بالقيمة كمن غصب
ثوبا فصبغه فصاحب الثوب يملك ما فيه الصبغ بالقيمة فكذا
هذا فيقوم حين كان ذكيا غير مدبوغ بكم يشترى ومدبوغا
بكم يشترى فيضمن فضل ما بينهما وكان يجب ان يضمن صاحب الجلد
جميع قيمة الجلد لان القيمة حدثت بصنعه الغاصب كما لو كان
ذكيا فدبغه بما له قيمة يضمن جميع ما زاد الدباغ فيه الا انا
اوجبنا جميع القيمة لا يفيد الاخذ للمالك شيئا من المالية والشرع

وفي غاية قال دبغه بشي
لا قيمة له اخذ صاحبه ع

لا يرد بما لا يفيد فلهذه الضرورة رفع عنه قدر قيمته ان لو كان
ذكيا ووجب الزيادة ليصير الاخذ مفيدا وان اراد المالك
ان يترك الجلد ويضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك عند ابي حنيفه
لان جلد الميتة ليس بمال متقوم وانما صار مالا متقوما فلا يجوز
ان يضمن له شيئا وعندهما له ان يضمنه قيمته لو كان ذكيا
لان الجلد مال مملوك لا يتوصل اليه الا بغرم يلزمه بفعل
الغاصب فله ان لا يلتزم الغرم ويضمن الغاصب قيمة جلد ذكي
غير مدبوغ. وان كان جلدا ذكيا فدبغه بما له قيمة فلصاحبه
ان يضمنه قيمته غير مدبوغ لان الجلد الذكي مال متقوم
وان شاء اخذه واعطاه ما زاد الدباغ فيه ولو هلك عند
الغاصب فلا ضمان بالاجماع لان الدباغ ليس باتلاف وان
استهلكه الغاصب وقد دبغه بما لا قيمة له ضمن قيمته مدبوغا
اتفاقا وان دبغه بما له قيمة لم يضمن شيئا عند ابي حنيفه وعندهما
يضمن قيمته مدبوغا ويرفع عنه ما زاد الدباغ فيه لهما
ان الجلد كان مالا متقوما قبل الدباغ لكن ماليته مستترة
لم يمكن الانتفاع بها بسبب اتصال الدسومات والرطوبات
النجسة واذا زالت النجاسة بالدباغة ظهرت المالية من الاصل

ان كان جلدا ذكيا
مدبغه بما له

فكانت الدباغة مطهرة للمالية لا محدثة لها ولهذا يبقى البيع والرهن
فيه ولو لم يكن له مالية لما بقي وصار كما اذا خلل الخمر ثم اتلفه ضمنه
له لان مالية الجلد حصلت بمالية الدباغ لان الجلد لم يكن
مالا متقوما قبل الدباغ لان المالية معنى في المحل يصير به
المحل منتفعا به حقيقة وشرعا والجلد قبل الدباغ منتفعا
حقيقة وشرعا ولهذا لا يجوز بيعه ورهنه وهبته الا انه
بقي البيع والرهن فيه باعتبار عرضيته ان يعود بالية
وتقومه كما لو رهن عصيرا فتخمر بقي الرهن حتى لو تخلل يعود الرهن
كما كان فكذا هذا ومتى حصلت مالية الجلد بمالية الدباغ
صارت مالية الجلد تبعا لمالية الدباغ والاصل غير مضمون
عليه فكذلك البيع المتولد من اصل غير مضمون لا يكون
مضمونا ك **المتقدم** ولو غصب مصحفا فنقطه ان اعطا
ما زاد فيه وان شاء ضمنه قيمته غير منقوط لان بالنقط ازدادت
قيمته فصار كالصبغ وروى المعلى عن ابي يوسف انه ياخذه
بغير شي لانه لا قيمة لعينه وانما المتقوم هو النفعه والمنافع
لا تتقوم الا بالعقد وعن محمد لو غصب خوصا فاتخذه
زنبيلا فلا سبيل للمالك عليه لانه احدث فيه صنعة متقومة

مبرت

مبرت حق المالك تا انها متقومة فصار كما لو ادخل ساحة
في بنايه ولو غصب نخله فشقها جذوعا كان له ان ياخذ
الجذوع لانه استهلاك من غير استحداث صنعة فلا ينقطع
حق المالك عنها كقطع الثوب بلا خياطة ولو قصر الغاصب
الثوب او غسله بالحرض والصابون كان لصاحبه ان ياخذه
بغير شي لانه لم يستهلكه من وجه لانه لم يفت شي من منافعه
ولو غصب دارا فجصصها او نقشها بالاصابع فان شاء صاحبها
اخذها واعطى الغاصب قيمة ما زاد التجصيص والاصابع
فيها وان شاء جعلت الدار للغاصب بقيمتها اذا كانت الاصابع
تبلغ شيا كثيرا الا ان للغاصب عين مال قائم في الدار
فلا يتملكه المالك الا بعوض كما في الثوب المصبوغ وذكر
هشام عن ابي يوسف ان ابا صاحب الدار عن قيمة ما زاد
الاصابع فيها احدثه بفعلها فامنه قيمة ما نقص القلع وكذلك
لو نقش الباب المغصوب بالاصابع وان كان نقشه المعتبرة
وهذا استهلك للباب وعليه قيمته وكذا لو كان ناقصه بالنقص
ولو هدم بنا الاخر وقيمته مايه وقيمة التراب المهدوم ثلثون
فان شاء ترك الارض ضمنه مايه والتراب للهادم وان شاء ضمنه

لو قصر الغاصب الثوب او غسله

لو غصب دارا فجصصها او نقشها

سبعين والزاب له وكذلك لو كسر عصا من الشجر النابتة
لانسان لان هذا استهلاك من وجه وحكم الاستهلاك
من وجه في الشرع هذا ما بيناه وذكر هشام عن محمد لو غصب
ارضا فبذرها حنطة ثم اختصما قبل النبات فان شا صاحبها
تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك وان شا اعطاه ما
زاد البذر فيها فيقوم وليس فيها بذر ويقوم وفيها بذر
فاعطاه فضل ما بينهما وقيل بانه يضمن قيمة بذره لكن مبذورا
في ارض غيره وهو ان يقوم الارض غير مبذورة ويقوم مبذورة
لكن مبذورة لغيره حق القلع فما فضل بينهما قيمته بذره مبذورة
في ارض غيره وما قاله محمد قيمته بذره مبذورة في ارض نفسه
وروى المعلى عن ابي يوسف انه يعطيه مثل بذره وعن ابي يوسف
في الامالي انه لا شي على صاحب الارض ما لم ينبت ولو غصب
غلاما قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي الفا فصاحبه بالخيار
ان شا ضمنه قيمته يوم خصاه وان شا اخذ الغلام ولا شي له
لان هذه الزيادة غير معتبرة شرعا لانها حصلت بناء على رغبات
الناس بسبب هو حرام فلا يقوم العبد للعمل قبل الخصا ويقوم
بعد الخصا للعمل ويرجع بنقصان ما بينهما ولو غصب بيضتين

تحضن

غصب ارضا فبذرها حنطة

لو غصب غلاما فخصاه

تحضن احداهما تحت دجاجة له وحضنت دجاجة الاخرى
فالفرخان له وعليه بيضتان لانه استهلك احداهما وهلكت
الاخرى ولو كانت احداهما غصب والاخرى وديعة عنده
تحضنت دجاجة عليهما فافرخت فرخين ففرخ الوديعة
لصاحب الوديعة وفرخ الغصب للغاصب وهذا بمنزلة
قفيزين من الحنطة عند رجل احدهما وديعة والاخر غصب
وهبت الريح بهما والقتهما في الارض فنبتا فزرع ما نبت من
الوديعة لصاحبها وزرع ما نبت من الغصب للغاصب ويضمن
قفيز حنطة للمغصوب منه وان لم يعرف احد الفرخين
من الاخرى فالقول قول الغاصب انما هي هذه وان قال
لا اعرف فالفرخان بينهما وعلى الغاصب بيضة ش قلع تالة
من الارض رجل ثم غرسها في ناحية اخرى فكبرت فالشجر
للغارس ويوم يقلعه وعليه قيمة التالة للمالك يوم القلع
فان كان القلع يضر بذلك الارض اعطى صاحب الارض قيمة
الشجر للغاصب يوم يختصمان والله اعلم **باب الثوب**
يصبغه الغاصب المبسوط ش ولو صبغ
الثوب المصبوغ احمرا او اصفرا او نحوه فللمالك ان ياخذه

غصب بيضتين او احدهما وديعة فحضنت دجاجة

قفيزان من الحنطة عند رجل احدهما وديعة والاخر غصب

قلع تالة ثم غرسها

ويعطيه ما زاد الصبغ فيه وله ان يضمنه قيمة ثوبه ابيض لان
عين الثوب قائم لم يتلف شي منه وانه اصل والصبغ وصف
قائم بالثوب وانه تبع له ويملك الصفة بالقيمة اقل ضررا
من تملك الاصل فان شا يعطيه قيمة الصبغ متصلا بثوبه لانه
لا يجوز اهدار حقه لانه محترم فان شا ضمنه قيمة ثوبه ابيض
لانه لم يصدر منه سبب الضمان فله ان لا يرضى بالالتزام هذه
الغرامة والغاصب متعدي فعليه الضمان قال ابو عصمة
فان شا رب الثوب باع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما
لانهما يشتركان فيه لاتصال الصبغ بالثوب على وجه لا يمكن
الفصل والتمييز عنهما فصار كما لو انصبغ لا بفعل احد اذ المرء مختار
تضمينه وكذلك لو صبغه اسودا عندهما وعند ابي حنيفة
هو نقصان لا قيمة له ويأخذ صاحب الثوب ثوبه وان شا
ضمن قيمة ثوبه ابيض قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان فالناس في زمنه لا يلبسون السواد ويعدونه
عيبا ونقصانا في زمنهما يلبسونه ويعدونه زيادة وحما لا
الا ان يكون ثوبا يزيد فيه السواد فيضمن ما زاد لانه عين مال
قائم كالحمرة وهذا اللفظ يدل على انه لا يختلف الحكم بالسواد

لا يصبغ بالسواد نقصانا عند قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا

والحمرة وانما المعتبر حصول الزيادة في الثوب ان كان
الناس يعدون السواد زيادة في الثوب يضمن والا فلا
وكذلك لو غصب سويقا فلته بسمن لان السمن متى اتصل
بالسويق صار وصفا وتبعا له ولا يمكن فصله عنه الا انه
يضمنه المالك للغاصب مثل سمنه لان السمن جزء اتصل بالسويق
صار مثليا لا امتزاجه بالماء فقد اتصل بثوبه ما ليس بمثلي
فيضمن قيمته ولو غصب صاحب الثوب عصفرا وصبغ به
ثوبه فعليه مثله لانه غصب مثليا واستهلكه في غصب
من رجل ثوبا ومن اخر عصفرا فصبغه ضمن مثل عصفره وخير
رب الثوب لان العصفر مثلي وقد اتلفه فيضمن مثله وصار
ملكا للغاصب من وقت الغصب فيظهر انه صبغ ثوب
غيره بصبغ نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب ولو وقع ثوب
رجل في ثوب انسان فانصبغ به فصاحب الثوب بالخيار
ان شاء اعطاه ما زاد الصبغ وان شا باع له الثوب
فيقسم الثمن على قدر حقهما لانه لا صنع لاحد فيه فانتفى الضمان
عنهما وبقيا شريكين فيه نحو صاحب الثوب في ثوبه ابيض فيضرب

لانه لا يمتزج بني لانه بخلاف الصبغ
لانه حين اتصل بالثوب خرج
من ان يكون مثليا

ووقع ثوب انسان وثوب
احر ما انصبغ به

بقيمته ابيض وحق صاحب الصبغ في الصبغ القايم بالثوب
وانه انقص قيمة من المنفصل فبقي حقه ناقصًا والخيار لصاحب
الثوب لانه صاحب اصل فكان اقوى حالًا ولو غصب ثوبًا
وعصفرًا من رجل واحد فصبغه به كان للمالك ان يأخذ
الثوب مصبوغًا وبرئ الغاصب من الضمان وان شا ضمنه
قيمة ثوبه وعصفرًا مثله ولو كان العصفر لرجل والثوب
لاخر فرضيا ان ياخذ الثوب مصبوغًا كما ياخذه الواحد لو
كانا لواحد فليس لهما ذلك لانه لما اختلف المال كان
خلط المالين استهلاكًا من كل وجه واذا اتحد المالك يكون
الخلط استهلاكًا من كل وجه لا من كل وجه لانه لم يفوت
عليه عامة منافعه ولو صبغ الراهن الثوب بعصفر خرج من

ولو صبغ الراهن الثوب

الرهن وضمن قيمته ولو كان الثوب والعصفر رهنًا كان للمرتهن
ان يضمن قيمة الثوب وعصفرًا مثله وان شا رضي بان يكون الثوب
المصبوغ رهنًا في يده رجل غصب من اخر ثوبًا قيمته
ثلثون فصبغه احمر فنقصه الصبغ حتى صار يساوي عشرين قال
محمد رحمه الله ينظر الى قيمة ما زاد الصبغ فيه فان كان خمسة
ضمن الغاصب خمسة لانه غصب ثوبًا قيمته ثلثون وقد نقص منه

عشر

عشرة وزاد فيه خمسة باعتبار الصبغ فبقيت الخمسة بازاء الخمسة
نقصانًا وبقي نقصان خمسة لا يجبره شي فيضمن خمسة وكذلك
السواد على هذا

باب ما يبرئ الغاصب من الضمان وما لا يبرئه

المبسوط ولو غصب ثوبًا فكساه المالك
او طعامًا فقدم بين يديه ليأكله وهو لا يعلم يبرئ عن الضمان
خلافًا للشافعي لان بهذا الرد عاد الشي الى يده وقد تمكن
من التصرف فيه حقيقة والتصرف الصادر من المالك في المملوك
لا يقع الا بجهة الملك فاذا تناول ملكه سقط ضمان الغاصب

فاذا تناول ملكه سقط ضمان الغاصب

كما لو باعه او رهنه منه وسلمه وهو لا يعلم يبرئ عن الضمان
وكذا لو لبس المالك المغصوب او كان طعامًا فاكله
او عبدًا فاستخدمه وهو يعلم به او لا يعلم برئ الغاصب
من الضمان لانه وصل اليه ملكه واحتوت يده عليه فان تفرع
سبب الضمان ولو غصب عنبًا فاتخذه عصيرًا او خمرًا

لو غصب عنبا فاتخذه عصيرا

ثم سقاه المالك لا يبرئ عن الضمان لانه صار ملكًا للغاصب
وانقطع حق المالك عنه بالضمان **النوادر** ولو جاء
الغاصب بالمغصوب ووضعه في حجر المالك وهو لا يعلم
انه ملكه فحمله انسان فالصحيح انه يبرئ الغاصب اذا اطعم

المغصوب للمالك يبرأ عن الضمان وان لم يعلم به ٥ رجل
غصب من صبي درهما ثم رده عليه فان كان الصبي ممن يعقل الاخذ
والاعطا يبرأ عن الضمان لان الرد اليه قد صح وان كان ممن
لا يعقل لا يبرأ لان الرد اليه لم يصح فصار كمن غصب سرجا من
ظهر دابة ثم اعاده على ظهرها لا يبرأ عن الضمان فان استهلك
الدرهم ثم رد مثله على الصبي وهو يعقل فان كان ماذونا يبرأ
لان الضمان اليه قد صح وان كان محجورا لا يبرأ لانه لا يصح اذا
الضمان عليه ٥ رجل له كران من حنطة غصبه رجل احدهما
ثم اودع المالك الغاصب الكر الاخر فخلط الغاصب بالكر
المغصوب ثم ضاع ذلك كله ضمن الكر الغصب ولا يضمن
الكر الوديعة لان خلط ملكه بملكه ليس باستهلاك فبقي
الكر المغصوب مضمونا عليه في يده على حاله ٥ وكذلك
رجل اخذ من كيس رجل درهما ثم رده الى الكيس لا يبرأ عن الضمان
لانه لا يكون رد المال الا بدفعها الى صاحبها ٥ رجل غصب
من رجل سفينة او دابة فركبها فلحقه صاحبها وسط البحر
او وسط المفازة في موضع مهلك لا يستردها من الغاصب
لكن يواجرها منه الى الساحل او الى موضع غير مهلك لان في

غصب سفينة او دابة فلحقها صاحبها وسط البحر

الاسترداد

الاسترداد اهلاك النفس فيفوت حقه في النفس لا الى خلف
ولو لم يسترد يفوت حق المالك الى خلف وهو الضمان فكان
هذا اولى ٥ وذكر ابو الليث في نوازله لو جاء الغاصب
بقيمة المغصوب الى المالك فقال المالك لا اريدها ولا اجعلك
في حل ترفع الامر الى القاضي حتى يجبره على القبول لان في الجبر
على القبول تعلق به حق الغاصب وهو البراءة عن الدين وان وضع
في حجره لا في يديه يبرأ لانه حصل القبض حقيقة وان وضع
بين يديه لا يبرأ بخلاف ما لو وضع المغصوب او الوديعة
بين يدي صاحبه يبرأ لان الواجب ثمة رد العين والرد
يتحقق بالتخلية والواجب في باب الدين قبض العين فيتحقق
المعاوضة والمقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية ٥ ولو زوج
الامة المغصوبة من الغاصب لم يبرأ من الضمان الساعة
في قول ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف بناء على
ان المشتري هل يصير قابضا بالتزويج ام لا وقد مر في البيوع ٥
الجامع واجارة المغصوب من الغاصب صحيحة ويبرأ به
عن الضمان لان الاجارة لا تفيد ملكا كذا له وقد صار قابضا
للمستاجر بنفس العقد لان قبض الغصب ينوب عن قبض الاجارة

لو جاء الغاصب بقيمة المغصوب

لو زوج الامة المغصوبة من الغاصب

اجارة المغصوب من الغاصب صحيح

نوجب عليه شي من الاجر بمضي شي من المدة وان قل و وجوب
الاجر ينافي الضمان لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ك
وذكر في المنتقى لو استاجر العبد المغصوب ليبني له حائطا
او يقصر له ثوبا لا يبرى عن الضمان حتى ياخذ في العمل لان العقد
ورد على العمل فيجب الاجر بالعمل لا بالتخلية وسقوط الضمان
متعلق بوجوب الاجر لانه لم يوجد من المالك ابرا
الغاصب من الضمان ونفس لا ينافي الضمان لانهما مع الضمان
يجتمعان فانه لو خالف المستاجر من حيث الفعل ضمن وبقي
الاجارة حتى لو عاد الى الوفاق وجب الاجر ولكن وجوب
الاجر ينافي الضمان ولم يوجد بخلاف ما لو استاجر المالك
الغاصب ليعلم العبد المغصوب عملا من الاعمال او ليعمل
الثوب المغصوب لا يبرا عن الضمان لان الاجارة وردت
على الغاصب لا على المغصوب فبقي المغصوب متعريا عن عقد
الاجارة فلم يوجد المنافي للضمان ولو استاجره للحفظ لم يجز
لان الحفظ مستحق عليه فيكون في الحفظ عاملا لنفسه فلا
يستوجب به الاجر على غيره ولو اعاره من الغاصب لم يبرا حتى يستعمل
وان فرغ من الاستعمال لا يعود مضمونا لان الاعارة لا تنافي

الضمان

استاجره للخدمة يبرا عن الضمان
بعد الاجر في الاستخدام يجب
بالتخلية لا بالعمل وفرع

الضمان فان المستعير اذا خالف من حيث الفعل ضمن وبقيت الاعارة
على حالها حتى لو عاد الى الوفاق يعود امينا الا ان الاعارة
عقد تبرع بالمنفعة والتبرع لا يتم ولا يفيد الملك الا بالقبض
وقبض المنفعة يكون بالانتفاع فاذا انتفع صار قابضا فتم عقد
الامانة فملك المنفعة عند استيفائها فيسقط الضمان ولو اودعه
من الغاصب او امره بحفظه لم ينقض محمد في الجامع وقيل
يبرى عن الضمان بنفس الايداع لان عقد الوديعة تم بالايجاب
والقبول فاذا لزمه الحفظ بالقبول للمالك وقع القبض في
الحال للمالك والقبض للمالك مناف للضمان وقيل لا يبرى
عن الضمان لان عقد الايداع لا ينافي الضمان لان الامر
بالحفظ مع الضمان يجتمعان فان المودع اذا خالف حتى صار
ضمينا بقي الامر حتى لو عاد الى الوفاق يبرا عن الضمان ولو
وكل الغاصب ببيع المغصوب لم يبرا عن الضمان حتى يبيع
ويسلم لان كونه وكيلا لا ينافي كونه ضمينا كما لو وكل بالبيع
لو استخدم العبد الموكل ببيعه صار ضامنا وبقيت الوكالة
حتى لو باعه بعد ذلك جاز الا انه اذا باع وسلم بامر المالك
صار تسليمه كتسليم المالك ولو سلم المالك بنفسه يبرا الغاصب

لو وكل الغاصب ببيع المغصوب
لم يبرا عن الضمان

الوكيل بالبيع لو استخدم
العبد صار ضامنا

فكذا وكيله اذا سلم بامره وكذلك ان وجد المشتري به
عيبا قبل القبض فرده فهو مضمون بالغصب لانه انتقض العقد
من الاصل وان رده بعد القبض لا يعود مضمونا لانه بطل
الضمان بالتسليم فلا يعود

باب مطالبة الغاصب برد المغصوب في غير البلد الذي غصب فيه

المبسوط ولو غصب دراهما او دنانير فالمالك ياخذها منه حيث
وجده وليس له ان يطالبه بالقيمة وان اختلف السعر لانهما
اثمان ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف المكان ولو غصب
عينا فلقيه في بلد اخر والعين في يده فان كانت قيمته في ذلك
المكان مثل قيمتها في مكان الغصب او اكثر فللمالك
ان ياخذها وليس له ان يطالبه بالقيمة لانه يصل اليه عين
حقه من غير ضرر يلحقه وان كانت قيمتها في هذا المكان
اقل من قيمته في مكان الغصب فان شاء المالك اخذ القيمة
على سعر مكان الغصب وان شاء انتظر لان نقصان القيمة حصل
من جهة الغاصب وهو النقل الى هذا المكان فكان له ان لا
يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة لانه عجز عن اخذ حقه بكماله فصار
كما لو خرق الغاصب الثوب المغصوب ولو كان المغصوب

مثليا

وجد المشتري عيبا ورده بعد القبض لا يعود الضمان

لو غصب دراهما او دنانيرا ليس له ان يطالبه بالقيمة

مثليا وهو هالك برد المثل الا اذا كان السعر في هذا
المكان اقل فهو بالخيار ان شاء اخذ مثله للحال وان شاء
قيمته حيث غصب وان شاء انتظر حتى يرجع الى تلك البلدة
فياخذ منه مثله لانه لو رد مثله في مكان المطالبة يتضرر
لان اختلاف القيمة لاجل الحمل والمؤنة فصار كما لو كان
العين قايمة ونقلها الى بلدة اخرى ولو كانت القيمة في مكان
الخصومة اكثر فالغاصب بالخيار ان شاء اعطى مثله حيث
خاصم وان شاء قيمته حيث غصب الا ان يرضى المغصوب
منه بالتاخير لان الغاصب لا يلزمه دفع الضمان في مكان
الغصب بل ايفاء القيمة فلو لزمه رد المثل في مكان الخصومة
يتضرر به الغاصب فانه يلزمه زيادة قيمة لا يستحقها المغصوب
منه والجاني ينصف ولا يظلم عليه وفي تاخير الرد الى مكان
الغصب اضرار بالمالك فيسلم اليه قيمته حيث غصب لئلا
يفوت حق الغاصب في الزيادة وان كانت القيمة في
المكانين سوا فللمالك ان يطالبه بالمثل لانه لا يتضرر واحد منهما

باب غاصب الغاصب

المبسوط ولو غصب رجل المغصوب من الغاصب فللمالك ان يضمن

الاول او الثاني لان كل واحد منهما غاصب في حقه الاول
بتفويت حقه والثاني بتفويت امكان الاخذ عليه من الاول لان تفويت
امكان الاخذ يلحق بتفويت اليد دفعا للضرر عن المالك لانه
ربما يكون اخذ من الاول ايسر واسهل ولان الثاني فوت
يد الغاصب الاول ويده معتبرة باعتبار انها يتمكن بها من
الرد الى المالك فوجد التفويت في حقه فضمن الثاني للاول
الا ان الاول انما يستحق تضمين الثاني لغاية نزول الى المالك
فانه يأخذ الضمان ويرده الى المالك وكان للمالك ان يتولى
بنفسه بان قام نفسه مقامه قصرا للمسافة ولحطاطا للمؤنة
عن الغاصب فاخراجه عن ورطة الضمان لانه نفع محض في حقه
فلا يحتاج الى الاذن فان ضمن المالك الغاصب الاول يرجع
الاول على الثاني بما ضمن لانه ملك المغصوب بالضمان من وقت
الغصب فيظهر ان الغصب الثاني صادف ملكه وان ضمن
الثاني لا يرجع على الاول لانعدام الغصب من الاول في
حقه لانه قابض لنفسه وكذا السارق من الغاصب لا يرجع
ولو اختار المالك تضمين احدهما برئ الاخر عندهما وعند ابي
يوسف لا يبرئ ما لم يقبض الضمان وقد مرت في البيوع ٥ ولو

وهب

يرجع الغاصب الاول على الثاني عاصمي والكافي لا انه يرجع

وهب الغاصب المغصوب من انسان او اعاره فهلك
في يده فضمنه المالك لم يرجع على الغاصب ولو رهنه او اجره
او اودعه من انسان فهلك فضمنه المالك يرجع بالقيمة
على الغاصب والفرق ان الموهوب له والمستعير في القبض عامل
لنفسه لان نفعه عايد اليه من كل وجه فاذا لحقه ضمنه
بسبب قبضه لا يرجع بما ضمنه على احد فاما المودع عامل
للمودع لان منفعة قبضه عايدة الى المودع وكذا قبض المستاجر
للاجر معنى لان عود نفعه الى الاجر اكثر لان ما للاجر
وهو الاجر عين وما للمستاجر منفعة والعين خير من المنفعة
لانها مال مطلق منتفع والمنفعة عرض لا يبقى وكذا المرتهن
عامل للراهن قبل الهلاك لان العين امانة عنده والحفظ عليه
للراهن ولهذا لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشرا لانه قبض
امانة في الحال وانما صار مستوفيا لدينه بالهلاك فالحاصل
ان كل من عمل لنفسه لا يرجع بما ضمن على احد ومن عمل
لغيره فانه يرجع بما ضمن على المعمول له لانه هو الذي اوقعه
في الورطة ٥ النوادر ابن سماعة عن محمد للقاضي
ان يأخذ المال من الغاصب والسارق اذا كان المالك

لو رهنه او اجره او اودعه من انسان فهلك فضمنه يرجع

للقاضي ان يأخذ المال من الغاصب والسارق اذا كان المالك غايبا

العاصب والسارق لا يبرا باخذ القاضي

غايبًا وحفظه عليه فان ضاع ثم جا صاحب المال فله ان يضمن
الغاصب والسارق ولا يبرا باخذ القاضي لان للقاضي ان يتصرف
في مال الغايب فيما يودي الى حفظه لا فيما يرجع الى ابرا حقوقه
وكون المال مضمونًا على الغاصب من حقوق الغايب فلا يسقط
بالابرا من جهة القاضي ك **الجامع** اصله ان القيمه تقوم
مقام العين وتسد مسدها وتحكي حكايتها وبسد ذلك فواتها
فيكون اخذ القيمه كاخذ العين معناها وكل من له اخذ العين
فله اخذ قيمتها ك ثم المسايل على تضمين في غاصب الغاصب وفي
الغاصب من المودع **فصل** غصب جاريه قيمتها
الف فغصبها منه اخر فابقت الجاريه يضمن الغاصب الثاني
للغاصب الاول لان للاول اخذها لو كانت قايمه ليتمكن من
ردها الى المالك فيتخلص عن ورطه فكان له اخذ قيمتها ليردها
الى المالك فيبرى عن الضمان فان اخذ القيمه فلا سبيل للمالك
على الغاصب الثاني لانه خرج عن عهدة الضمان برد القيمه لان
رد القيمه حال عجزه عن رد العين كرد العين فان كانت القيمه
قايمه عنده فللمالك اخذها لانها نزلت منزله العين وان كانت
هالكة يلزمه الضمان لمولى الجاريه لانه بمنزله ما لو استرد

بجاريه

٢٦

فغصبها الثاني وقيمتها الفان
فابقت فضمنه الغاصب الاول م

الجاريه وهلكت عنده لانه لا يخرج عن عهدة الضمان ما لم يردها
الى المالك وان كانت قيمتها الفًا عند الاول العين باخذها
المالك منه لانها بمنزله العين قايمه مقامها وان هلكت عنده وقيمتها
الفان لم يضمنه المولى الالف لان الالف الزايد امانه في يده
لانها حدثت بعد الغصب الاول والزيادة الحادثه في يد
الغاصب امانه كالزيادة في عين المغصوب فان ظهرت الجاريه
والقيمه في يد الاول فللمولى خيارات ان شا اخذ الجاريه

الثالثة

وان شا اخذ القيمه وان شا ضمن للمولى قيمتها يوم غصبها منه ما اراد
بالتضمين انه ياخذ القيمه من الاول برضاه فيكون بمنزله البيع
منه لان الجاريه لما عادت من الاباق فقد قدر الاول على رد
المغصوب والغاصب ما دام قادرًا على رد المغصوب ليس
للمالك تضمينه الا برضاه والغاصب الاول لما ضمن الثاني بالقيمه
فقد ملك الجاريه منه حكمًا لان التضمين تمليك المضمون من
الضمين رضا دكما لو باع الجاريه من الثاني بغير امر المولى فيتوقف
البيع على اجازته ان شا رده واخذ الجاريه وان شا اجازه
واخذ بدلها ك فان اخذ المولى الجاريه رجع الثاني على الاول
بالقيمه لانه متى لم يجز التمليك لم يسلم له البدل فكان له ان

يرجع بالبدل كما في العين وان كانت القيمه هلكت
في يد الاول ضمن مثلها للثاني لانه اخذه بجهة البيع والتمليك
ولا يرجع على الاول على المولى بشي لانه لم يكن وكيل المولى
بل اخذها بجهة يد كانت له على الجاريه بغير امر المولى فكان في
الاخذ عاملا لنفسه ليردها على المالك لا للمولى وان اخذ
المولى القيمه كان ذلك اجازة للبيع وسلمت الجاريه للغاصب
الثاني وعليه الاستبرا بعد الاجازة لان الحيضه التي وجدت

وجدت ؟

قبل الاجازة قبل الملك ولا تجزي من الاستبرا وان كان وطيها
قبل الاجازة ثبت النسب استحسانا لان البيع انعقد موقوفا
فلا يحل للمشتري وطي الجاريه في البيع الموقوف قبل الاجازة الا
انه انعقد سبب الملك وانعقاد سبب الملك اورث شبهه
الملك والنسب ثبت بالشبهه ويكون الولد رقيقا لان الحريه
لا تثبت بالشبهه ق وان ضمن الغاصب الاول قيمتها يوم
غصبها منه وسلمت القيمه التي اخذها ملك الجاريه بالضمان من
وقت الغصب فظهر انه باعها من الثاني وهي مملوكه له فنفذ
بيعه فيسلم له ثمنها وانما لا يطيب له الزيادة لانه حين باع
لم تكن الجاريه ملكا له فكان بمنزلة المودع اذا باع الوديعه

الاول من الثاني للاول
ويتصدق بالفضل
لان الاول ج

ويرجع

ويرجع بثمنه ثم ضمن وكذلك لو اخذ الغاصب الاول القيمه
بغير قضا وقامت البينه على اخذ القيمه لان اخذ القيمه كاخذ
العين وان اقر بقبض القيمه او الجاريه من الغاصب الثاني
لا يصدق على المولى حتى كان له ان يضمن الثاني ويصدق
في حق نفسه حتى يرجع عليه الثاني ان ضمنه المولى لان اقراره
تضمن ابطال حق المولى في تضمين الثاني فلا يصح واقرار
كل انسان يصح في ابطال حق نفسه دون ابطال حق غيره ق

فصل ولو غصب الجاريه من مودع المولى
فابقت فللمودع ان يضمن الغاصب بقضا او بغير قضا لان
المودع اخذ عينها ليحفظها عن المالك فيكون له اخذ قيمتها
لان اخذ القيمه من باب الحفظ وصار كالغاصب الاول
بل هو احق لان يد المودع يد ساده وامانه ق فان اخذها
ثم ظهر الجاريه فللمولى ان ياخذ القيمه ان شا وان شا اخذ
الجاريه وروى الحسن عن ابي حنيفه رحمهما الله له اخذ القيمه
دون الجاريه لان المودع مامور باخذ القيمه من جهة المولى
لانه من باب الحفظ فصار اخذ المودع القيمه كاخذ المولى
ولو اخذ المولى القيمه لم يبق له سبيل على اخذ الجاريه فكذا

هذا وجه ظاهر الرواية ان المودع غير مامور باخذ
المودع نصا وانما ملك الاخذ مقتضى الامر بالحفظ الجارية
لانه لا يتهيأ له الحفظ حال عجزه عن اخذ الجارية الا باخذ
القيمة فيظهر ثبوته في حق ما يرجع الى الحفظ وهو التوثق
لا في حق تمليك الجارية من الغاصب وليس فيه حفظ بل هو
ازالة الجارية عن ملكه بغير امره فيقف على اجازته فان
اخذ الجارية رجع الغاصب على المودع بما اخذ منه فان
كانت القيمة هالكة ضمنها ويرجع بها على المالك لان المودع
في اخذ القيمة عامل للمولى لانه اخذها ليحفظها عليه فيرجع عليه
بما لحقه من ضمانه ومؤنته ف فان اقر المودع بقبض القيمة
من الغاصب يصدق ويبرأ الغاصب لانه مامور بقبض القيمة
للحفظ فكان مسلطا على القبض من جهة المولى فيصدق في حق
المولى وكذلك الغاصب الاول فان ظهرت الجارية واختار
المولى اخذها رجع الغاصب على المودع ولا يرجع هو على المولى
لانه مسلط على قبض القيمة غير مسلط على ايجاب الضمان عليه كالوكيل
بالبيع اذا قال استوفيت الثمن وكذبه الموكل يصدق في
حق الابراء المشتري عن الثمن ولا يصدق في حق رجوعه على

ان كانت القيمة هالكة ضمنها ويرجع بها على المالك

الموكل

الموكل ولا يطأ الغاصب الجارية حتى يختار المولى القيمة وكذا
بيعه وعتقه موقوف لان تمليك المودع موقوف كبيع الفضولي
والنسب ثابت ان وطئ والولد رقيق كالوجه الاول ف

باب اختلاف الغاصب والمغصوب

المبسوط ف ولو اختلفا في عين المغصوب او صفته او في
قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب لان المالك يدعي عليه
زيادة مقدار او زيادة جودة او زيادة ضمان وهو منكر
فيكون القول للمنكر ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه
رجل قيمته واختلفوا في القيمة فقال الكفيل عشرة وقال
الغاصب عشرون وقال المالك ثلثون فالقول للكفيل ولا
يصدق واحد منهما عليه لان المكفول له يدعي على الكفيل
زيادة وهو ينكر والغاصب يدعي زيادة عشرة واقرار
كل واحد مقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة
اخرى دون الكفيل ولو قال الغاصب رددت المغصوب
عليك وقال المالك لا بل هلك عندك فالقول للمالك لانه
اقر بسبب وجوب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يصدق الا بحجة
كما لو قال اخذت مالك باذنك او اكلت مالك باذنك

وانكر صاحب المال الاذن ذلك واقام الغاصب البينة انه
رد الدابة المغصوبة واقام المالك البينة انه رد الدابة من
ركوبه او انكلفها الغاصب ضمن الغاصب لانه لا تناقض ولا تنافي
بين البينتين لجواز ردها اليه ثم ركبها بعد الرد ونفقت
من ركوبه ويكون هذا غصبا مستانفا فيعمل بالبينتين على هذا
الوجه توفيقا وتلفيقا بينهما ٥ ولو اقام الغاصب البينة
انه ردها ونفقت عنده واقام المالك البينة انها نفقت عند
الغاصب ولم يشهد وانها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه
لانا متى جعلنا كان الغاصب ردها ثم نفقت بعد الرد فلا يثبت
منه غصب مستانف ٥ اقام المالك البينة انه مات المغصوب
عند الغاصب واقام الغاصب البينة انه مات عند المالك
فبينة الغاصب اولى لان بينة المالك قامت على الموت لا على
الغاصب لانه ثابت باقرار الغاصب والضمان يجب بالغصب
لا بالموت فلا يفيد اقامة البينة على الموت وبينة الغاصب
مثبتة للرد لانها مثبتة للموت في يد المالك ويتعلق به الرد
فكانت اولى ٥ ولو شهدوا انه غصب هذا العبد ومات
عنده وشهد شهود الغاصب انه مات في يد مولاه قبل الغصب

عليه من غير صنعه بان انقلبت الدابة بعد الرد ٥

لم يقبل هذه الشهادة لان موته في يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق
به حكم لانه لا يفيد الرد وانما يفيد نفي الغصب وبينة
المولى تثبت الغصب والضمان فكان اولى **فصل** النوادر
لو اقام المالك البينة ان الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة
واقام الغاصب البينة انه كان يوم النحر بمكة هو والعبد فالضمان
واجب على الغاصب لان كونه بمكة لا يتعلق به حكم فسقطت
بينته وبينة المالك تثبت الغصب والضمان ذلك رجل في يده
جبة ادعى اخر انه غصبها منه فاقر له بالظهارة او بالبطانة
فالقول قوله مع يمينه لانه اقر بغصب احدهما وانكر غصب
الاخر ويضمن قيمة الظهارة لانه احدث في الظهارة صنعة
متقومة وهو الضرب على البطانة وقد استهلكها من وجه
لان الظهارة صارت تابعة لملك الغاصب وهو الحشو والبطانة
لانها اكثر من الظهارة فيصير الاقل تابعا للاكثر صيانة
لحق الغاصب كما في الساحة يدخلها في بنائه ٥ غصب
جارية ثم اعتقها او دبرها او استولدها ثم اقر بانه غصبها
من فلان وليس للمدعي بينة ضمن قيمتها ولا يبطل ما فعل لان ملكه
كان ثابتا ظاهرا بظاهر يده فيثبت الحرية او حق الحرية ظاهرا

لو اقام المالك البينة غصب بالكوفة واقام الغاصب انه بمكة

فيقبل اقراره على نفسه بايجاب قيمة الجارية عند العجز عن ردها
ولا يقبل اقراره في ابطال حق غيره وهو الحرية او حق الحرية
كما لو باعها ثم اقر انه غصبها من فلان ولا يضمن قيمة الولد لانه
لما ضمن قيمة الجارية يوم الغصب ظهر ان الاستيلاد حصل في
ملكه لان استناد الملك في الجارية الى وقت الغصب يظهر في
حق صحة الاستيلاد لانه تصرف يصح في الملك فصار كالبيع
فان اقام المدعي البينة قضي له بها وبولدها لان حق الحرية
للجارية وحقيقة الحرية للولد ثبت من حيث الظاهر والثابت
من حيث الظاهر يبطل متى قامت البينة العادلة بخلافه كالملك
الثابت بظاهر اليد

باب التصرف في المغصوب والانتفاع به

المبسوط ك آجر الغاصب
المغصوب فلا اجر له لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعقد
حق العاقد والاجر لا يجب الا بالعقد فكانت كسبا له فتكون
له بخلاف ما اذا زوج الامة المغصوبة ووطيها الزوج فالعقر
للمالك دون الغاصب لان العقر يجب باستيفاء منفعة البضع عند
قيام الشبهة لا بالعقد الا ترى ان المجنون لو اكره امراة
فزنا بها وجب العقر وان تعرى الوطي عن تقدم العقد فذلك

ان العقد غير محتاج ليتقوم منافع البضع بالمال فصار
وجود هذا العقد وعدمه بمنزلة ولو عدم العقد اصلا
حتى وجب العقر بالوطي بالشبهة كان للمالك فكذا هذا
ويتصدق بالاجر عندهما لانها حصلت بسبب خبيث فيتمكن
فيها الخبث بسببه وعند ابي يوسف الاجر طيبة له
كالمودع اذا تصرف في الوديعة وربح يطيب له الربح
عنده خلافا لهما ويستعين بالاجر في ضمان القيمة ولو باعه
من اخر واخذ ثمنه وهلك المغصوب في يد المشتري فضمن
المالك للمشتري القيمة فاراد الرجوع على الغاصب بالثمن فان
كان فقيرا يستعين بالاجر او الثمن وان كان غنيا لا يستعين
والفرق بينهما ان الاول صرف القيمة الى من تمكن الخبث لحقه
لان الخبث تمكن لحق المالك فيزول الخبث بالوصول
اليه وفي الثانية صرفها الى من لم يتمكن الخبث لحقه لان
الخبث في الاجر لم يتمكن الشبهة ملك المشتري فلم يزل
الخبث بدفعها اليه بل سبيله الوضع في الفقير ثم ان كان
عند استهلاك الثمن غنيا يتصدق بمثلها وان كان فقيرا
فلا لان سبيل هذا المال الوضع في الفقير فاذا وضعه

في نفسه وهو غني ضمن والا فلا ولو تصرف الغاصب او
المودع في الوديعة والمغصوب وربح فان كان غنيا
يتصدق بالربح عندهما وعند ابي يوسف لا يتصدق به لان
الربح حصل على ملكه وضمانه لانه اذا ضمن ملكه من وقت
الغصب فيطيب له الربح كالبيع اذا اكتسب قبل القبض وله
لهما ان الربح انما يطيب له باباحة التصرف وانما
يستفيد اباحة التصرف بالملك لا بالضمان بدليل ان المراة
اذا تصرفت في المهر قبل القبض او الموهوب له في الهبة
يطيب لهما الربح وان لم يوجد الضمان في حقهما لاستباحه
في حقهما بالملك وهنا اختل الملك وقت الربح لان الغصب
لم يوضع سببا لاستجلاب الملك وانما يصير سببا بضرورة
تحقق المبادلة عند التضمين فيثبت شبهة عدم الملك وقت
الغصب فيتمكن فيه شبهة الخبث في التصرف لحصوله في
ملك الغير من وجه فتمكنت شبهة الخبث في الربح فاما
اذا كان المغصوب دراهما او دنانيرا فاشترى بها جاريه
فباعها بالفضل يتصدق بالربح وظاهر قوله اشترى بها
يدل على انه اراد به اذا اشار اليها ونقد منها وذكر

الكرخي

الكرخي وبعض مشايخنا انه يطيب له الربح الا ان يشير
اليها وينقد منها لان الاشارة اليها لا يفيد التعين في الاستحقاق
لا يتعلق جواز الشرى بعينها بل بمثلها دينا في الذمة
فصار وجود الاشارة وعدمها بمنزلة الا ان يتاكد
الاشارة بالنقد منها فيكون النقد تصرفا في ملك الغير
وانه حرام فقد استفاد الربح بتصرف خبيث فيتصدق
بخلاف ما لو اشترى بالثمن المبيع بيعا فاسدا شيا واشار
اليه ونقد منه يطيب له الربح لان الثمن صار ملكا له بالقبض
بتراضيهما فيكون التصرف مصادفا ملكه من كل وجه الا انه
متى نقض البيع واسترد الثمن يلزمه رد مثل الثمن لا رد عينه
ولكن هذا لا يوجب شبهة الخبث في التصرف للحال
وكذا لو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل له التناول
ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يجز له ان يتصرف
في الدنانير لان الدراهم لو استحقت بعدما افترقا انتقض
البيع في الدنانير فوجب عليه ردها فاما البيع في الطعام
لا ينتقض باستحقاق الدراهم لانه يجب عليه رد مثلها لا رد
عينها ولو اشترى بالثوب المغصوب جاريه لم يسعه ان

لو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما
بخلاف لو اشترى بالدراهم المغصوبة
دنانير لم يجز له ان يتصرف

يطاها حتى يدفع قيمة الثوب الى صاحبه لازيا لاستحقاق وتبين
ان البيع وقع فاسدًا لان الشرى بغير مستحق فاسد لان البيع
تعلق بعين الثوب ولهذا لا يفيد الملك في يد المستحق الا
بالقبض في البيع الفاسد لا يحل له وطي الجارية المبيعة بخلاف
ما لو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطيها لان
البيع تعلق بعين ملك الدراهم ولو تزوج بالثوب المغصوب
امراة حل له وطيها لان النكاح لا ينتقض باستحقاق المهر ويصح
بدون المهر لما عرف ولو اخذ المالك القيمة بقول الغاصب
في الجارية المغصوبة الغايبة لم يحل للغاصب وطيها واستخدامها
ولا بيعها الا ان يعطيه قيمتها بتمامها لان هذه مبادلة فاسدة
لانها وقعت من غير طواعية المالك ورضاه وهذا ثبت له
ولاية الفسخ واسترداد المغصوب دفعًا للعجز عن نفسه
ولو اعتقها الغاصب بعد القضا بالقيمة الناقصة جاز عتقها
وعليه تمام القيمة كالعتق في الشرا الفاسد ولو اقام بينه
زور على رجل انه باع منه هذه الجارية بالف وقضى القاضي
به وامر بنقد الثمن ودفع الجارية اليه فان كان قيمتها الف
او اقل منها بما يتغابن الناس فيه لم يحل له وطيها لان قضا

القاضي

حل له وطيها وان كان اقل منها بما لا يتغابن الناس فيه

لو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية

القاضي في العقود المعاوضة ينفذ ظاهرًا وباطنًا عند ابي حنيفة
يثبت بينهما مبادلة حكمية بالقضا وفي المبادلة الحكمية
يشترط التعادل في القيمة كما في الغصب لان ملك مال الغير
لا بملك بعدله بدل لا يطيب له لان الظاهر ان صاحبه لا يرضى به
بخلاف ما لو اقام بينة زور على رجل انه وهب له جارية
هذه وقبضها منه وقضى القاضي بها لم يحل له وطيها ولا استخدامها
لانه لم يدفع لها بدلا فيكون ملكا مرسلا والقضا بشهادة
الزور في الاملاك المرسلة لا ينفذ بالاجماع ٥ ولو غصب
حنطة فطحنها او لحمًا فطبخه او شواه او غزلا فنسجه ونحو
ذلك صار ملكًا له بالضمان وحل له اكله عند ابي حنيفة وعندهما
لا يحل له حتى يودي الضمان وهذا بنا على ان شرط الطيب عنده
ملك البدل لا اداه وعندهما اداء البدل ٥ لهما
حديث الشاة المصلية فان النبي صلى الله عليه وسلم قال
اطعموها الاسارى ولم يطلق لاصحابه الاكل منها ولو كان
لهم حل الانتفاع لما امرهم بالتصدق ولا طلق لهم التناول
ولان شرط الطيبة هو رضا المالك والرضا لا يحصل الا باداء
الضمان له انه لما ملكه بالبدل فقد انقطع حق المالك

القضاء بشهادة الزور في الاملاك المرسل لا ينفذ بالاجماع

عنه فلا يعتبر رضاه وسخطه لطيبه وخبثه لان الملك مطلق له
التصرف في ملكه وعلى هذا لو غصب طعامًا فمضغه حتى صار
مستهلكا فلما ابتلعه حلالا عنه وعندهما فاذا ادى الغاصب
[فقد ابتلعه خ]
قيمته او ضمنه المالك والحاكم وابراه منه حل له الاكل لان
بالبراءة سقط حقه وبالتضمين وصل اليه حقه وكان راضيا به
وكذا القاضي لا يضمنه الا بطلب المالك فكان راضيا به
وروى عن ابي يوسف ومحمد لو زرع في ارض غصب فلا باس
باكل ذلك الطعام ويشترى منه الا ان الزارع يتصدق
بثمنه ولم يحل له اكله الا بقدر بذره ويتصدق بالباقي على
الفقراء لان غير الزارع يملكه بالشرا بسبب صحيح فيطيب له
والزارع يملك ما زاد على بذره بسبب خبيث وهو الزراعة
في ارض مغصوبة ك رجل غصب نخلة او بالة فغرسها يكره
الانتفاع بها حتى يعطيه قيمتها وكذلك لو غصب قضبانا لها
قيمة فغرسها وحملت لان عين المغصوب قائم وازداد في نفسه
وكثر في ذاته ولو غصب نوا فصار نخلا او حنطة فزرعها
جاز الانتفاع به لان النوى والحنطة تعفن وتهلك بالتراب
فلم يبق عين المغصوب بل صار شيئا اخر وكذلك لو غصب بيضا

فحضنه

فحضنه تحت دجاجة فخرج منها فراريج فلا باس بالانتفاع
بها قبل ان يؤدي ضمان البيض لانه قد تغير عن حال الغصب
وصار شيئا اخر قال ابو يوسف رجل دفع اليه سارق
متاعا احب الي ان يتصدق به اذا لم يعرف صاحبه وان عرف
صاحبه رده عليه ولا يسعه ان يدفعه الى السارق ك

باب ضمان الاستهلاك

المبسوط ك ذمي غصب خمر ذمي واتلفها ضمن مثلها وان غصبها
منه مسلم او اتلفها ضمن قيمتها وكذلك الخنزير وقال
الشافعي لا يضمن والصحيح قولنا لانه اتلف مالا متقوما على الذي
لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم لانه منتفع حقيقة
لانه لا يحصل به التغذي والتقوي ومطلق الانتفاع بهما
شرعا في حقهم قائم لا يمنعون عن الانتفاع بها ولو كانت
الحرمة ثابتة في حقهم لمنعوا عن ذلك كما منعوا عن الزنا
وعن الربا واية التحريم وردت في حق المسلم خاصة لكونه
سببا لوقوع العداوة والبغضاء بينهم والصد عن ذكر الله تعالى
والصلاة وذلك يتحقق في حق المسلم دون الكافر بل ايقاع
العداوة بينهم لتفريق كلمتهم وتشتيت جمعهم وشملهم مستحب

عن ان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فعجز عن رد المثل فيضمن قيمتها
كالمسلم اذا عجز رد مثل المغصوب يضمن قيمته فان اسلما او اسلم
احدهما قبل القضا بالضمان او بعده يبطل الضمان ولا يلحقه
شي عند ابي حنيفه وعندهما وهو رواية عن ابي حنيفه ان اسلم
الغاصب ينتقل الى القيمه وان اسلم المغصوب منه يبطل ه
لهما ان هذا ضمان اتلاف من وجه من حيث انه يجب
بالاتلاف وضمان معاوضه من وجه من حيث انه افاد الملك
في المضمون فاذا اسلم المغصوب منه سقط الضمان لانه لا يجب
للمسلم على الذمي قيمة الخمر لا ضمان معاوضة ولا ضمان اتلاف
واذا اسلم الغاصب فباعتبار انه ضمان اتلاف لا يسقط لانه
يجب للذمي على المسلم قيمة الخمر ابتدا فلان يبقى اولى وله
ان الحق في الخمر قد سقط باسلام ايهما كان وقيمة الخمر لم تكن
واجبه فباعتبار انه ضمان اتلاف امكن ايجاب القيمه وباعتبار
انه معاوضه لا يمكن ايجاب القيمه لان المسلم ممنوع عن المعاوضه
في الخمر والقيمه لم يكن واجبه فلا يجب بالشك ه وان غصب
خنزيرا فاسلما او احدهما بعد القضا بالقيمه فانه لا يسقط بالا[سلام]
فان القيمه تبقى في الذمة بعد الاسلام في ضمان المعاوضة وضمان

الاتلاف

الاتلاف جميعا وان اسلما او احدهما قبل القضا بالقيمه فعند ابي
حنيفه يسقط لان الحق بعد في الحرام وهو الخنزير ولم ينتقل
الى القيمه ولهذا قالا يجوز الصلح عن اكثر من قيمته عندهما
وهو رواية عن ابي حنيفه لا يسقط لان الحق قد انتقل الى القيمه
بنفس الاستهلاك لما بينا في كتاب البيوع وكذلك قرض
الخمر يسقط عند ابي حنيفه في رواية وفي رواية لا يسقط ه
فصل رجل حل دابة لرجل او قيد عبده او فتح باب
داره او قفصه وفيه طير فذهب لم يضمن خلافا للشافعي
فيما اذا طار من فوره وروى هشام عن محمد انه يضمن سوا مكث
ساعة او لم يمكث لانه سبب لذهاب ماله لان الطير مجبول
على الطيران اذا وجد مخلصا بطبعه وهو متعدي للتسبب فيضمن
كما لو شق زق دهن لنا انه تخلل بين سببه وبين التلف
فعل فاعل مختار لان الذهاب حصل بفعل مختار وهو طيران
الطير وذهاب الدابه واباق العبد واختيارهم في ذلك
صحيح وتركه منهم متصور اذا الاختيار لا يفسد بانعدام العقل
كالمجنون اذا اتلف مال انسان يضمن وكالكلب المعلم اذا
اصطاد وامسكه على صاحبه يصح فيضاف التلف الى مباشرتهم

لا ان التسبب كالحافر مع الدافع ه ولو طلى اسرد وفيه
دهن فسال او قطع علايق قنديل فانكسر ضمن لانه سبب
لتلفه بازالة ما يمسكه لان مسكه الدهن بالزق والقنديل
بالعلايق واذا ازالت المسكه اسال الدهن وسقط القنديل
لا محالة ولم يتخلل بين التلف وتسببه فعل مختار فصار
التلف مضافا الى فعله ه وان كان السمن جامدا فشمسه فذاب
في الشمس فسال الدهن لم يضمن لان الجامد يستمسك في
الهوا بالحبل بنفسه لا بالزق فانه ليس بمسيل فلم يكن شق الزق
اتلافا وانما صار مايعا لا لحر الشمس المذيب **الجامع**
الصغير ومن كسر بربطا او مزمارا او دفا لانسان ضمن عند
ابي حنيفه خلافا لهما وقد مرت في البيوع ولم يذكر كيفيه
قيمته وذكر في المنتقى انه يضمن قيمته حطبا الواحا غير
مولفه لان الالواح ليست بمحرمة لانها قد تستعمل في غير
المعصيه وانما المحرم هو التالف على الوجه الذي يحصل به التغني
وهذا بمنزلة ما لو اتلف جارية مغنية يضمن قيمتها غير مغنية وكذا
لو اتلف كبشا نطوحا او ديكا مقاتلا لا يضمن لهذه الصفة
لانها محرمة غير متقومة ه **المنتقى** قال هشام

من كسر بربطا او مزمارا

لو اتلف جارية مغنية يضمن قيمتها غير مغنية وكذا الكبش النطوح او الديك

مسلم اتلف صليبا لذمي ضمنه قيمته صليبا لانا على هذا صالحناهم
اي التزمنا بالذمة عصمتهم لا نتعرض لهم باتلاف مالهم وان
احرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشه يضمن قيمته غير
منقوشه لان نقش التماثيل حرام غير متقوم فلا يزداد
تقومه به في حق الضمان وان كان التماثيل مقطوع الراس
يضمن قيمته منقوشا لانه غير حرام بمنزلة منقوش اشجار
وان احرق بساطا فيه تماثيل رجال يضمن قيمته منقوشا لان
التماثيل في البساط غير [illegible] ولو هدم بيتا مصورا بالاصباغ
تماثيل الرجال والطيور يضمن قيمة البيت والصبغ غير
مصور لما بيناه قال ابو يوسف رحمه الله رجل حرق
طيلسانا لرجل ثم رماه قال اقومه صحيحا واقومه محروقا
صحيحا اضمنه فضل ما بينهما ه رجل حفر بيرا في ملكه
فطمها رجل بترابها قال اقومها محفوره فاضمنه فضل ما بينهما
واذا طرح فيها ترابا اجبره على ان يخرجه وان كانت في
الصحرا فان لم يخرج التراب فليس على من طمها شي وان خرج المالك فقد
استحقها بالاحيا لانه بير عطن فيضمن فضل ما بينهما ه رجل
قطع شجرة في دار رجل بغير امره فرب الدار بالخيار ان شاء

اتلف صليبا لذمي

احرق بابا عليه تماثيل

وغير محفوره ح

ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قايما وان شاء
امسك الشجرة وضمنه قيمة النقصان قايما وهي ان يقوم الدار
مع الشجرة ويقوم بغير الشجرة فيكون فضل ما بينهما قيمة الشجرة
قايما ثم ينظر الى ذلك والى قيمة الشجرة المقطوعة فضل ما بينهما
قيمة نقصان القطع وان كانت قيمتها مقطوعة وقيمتها غير
مقطوعة سوا فلا شي عليه لانه لم يتلف عليه شيا شجرة
الجوز اذا اخرجت جوزا صغارا رطبة فاتلف انسان
تلك الجوزات يضمن نقصان الشجرة وان لم يكن ما لا حتى لا يضمن
بالاتلاف على الشجرة فان اتلافها على الشجرة ينقص قيمة الشجرة فيضمن
نقصان الشجرة فينظر ان هذه الشجرة بغير تلك الجوزات بكم تشترى
ومع تلك الجوزات بكم فيضمن ما بينهما فضل **فصل** رجل
احرق كدسا ان كان البر في السنبل اقل قيمة بما كان خارج السنبل
فعليه القيمة وان كان اكثر فعليه بر مثله وقيمة الحقل والتبن
للغاصب معناه البر خارج السنبل اقل قيمة وفي السنبل اكثر
قيمة ك رجل اصاب في زرعه او داره دابة فاخرجها فذهبت
الدابة من اخراجه او اكلها ذيب فلا ضمان عليه نص عليه محمد
في المنتقى والصحيح ما قاله مشايخنا ان اخرجها ولم يسيعها بعد

ذلك

شجرة الجوز اذا اخرجت جوزا صغارا رطبة فاتلف انسان لان تلك الجوزات

ذلك لا يضمن لان له ولاية الاخراج صيانة لملكه لانه فعل
ما يجب على المالك ان يفعل لو رفع الامر الى القاضي وان ساقها
بعد الاخراج قيل ان ساقها الى مكان يامن عليها من زرعه
لا يضمن لانه كانه اخرجه من زرعه وقال عامة مشايخنا
يضمن وكذلك الراعي اذا وجد في السواد بقرة لغيره
فطردها فانه ربما يخرج من بين السواد لا يضمن لما روي عن جرير
ابن عبد الله البجلي انه اراح سرحه فراى فيها بقرة فطردها
وقال لا يووي يعني لا يمسك الضالة الا ضال وذكر
ابو الليث في نوازله انه وجد بقرة في زرعه فاخبر صاحبها
ليخرجها فاخرجها فافسد الدابة عند الاخراج يضمن ان لم
يامره صاحب الزرع بالاخراج لان التلف انما حصل بالاخراج
بغير اذنه فان امره بالاخراج لا يضمن لان فعل الاخراج بامره
فما تلف به يحصل باذنه ك رجل ادخل دابة في دار رجل
فاخرجها صاحب الدار فهلكت لا يضمن فان وضع ثوبا في
صاحب الدار فهلكت لا يضمن فان وضع فضاع لان كون الدابة
في داره يضر به وكان الرمي اتلافا فانه ضمن ك **النوادر** رجل
قال لاخر احفر لي بابا في هذا الحايط ففعل فاذا الحايط لغيره

لان له ان يدفع الضرر بالاخراج وكون الثوب في داره لا يضر به

لغيره ضمن و يرجع به على الامر ولو قال له احفر في هذا الحايط
بابا ولم يقل لي ولم يقل في حايطي لا يرجع بالضمان عليه بالضمان
لان الامر لم يصح بزعمه لانه ما امره بالحفر له فصار كما لو قال
اتلف هذا المال لم يضمن الامر وان كان الامر ساكنا في تلك
الدار او استاجرها على الحفر رجع بالضمان لان السكنى والاستيجار
من علامات الملك فصح الامر بزعم الحافر ونظيره هذه مرت
في الوكالة ك ولو قال لرجل اشتر لي عبدا بالف درهم فظهر
انه لغيره ك رجل حل سفينة مشدودة يوم ريح شديد فغرقت
السفينة ينظر ان وقفت بعد الحل وان قل ثم سارت وغرقت
لم يضمن لانه تخلل بين فعله وبين الغرق واسطة فقطع اثر
فعله وهو نقل الريح من ذلك الموضع فصار كما لو هبت الريح
بجمر وذهبت بها من موضعها واحرقت شيا لم يضمن فلم يكن
الغرق مضافا الى فعله وان لم يقف وسارت وغرقت ضمن
لان الغرق مضاف الى فعله ك رجل دخل على صاحب دكان
باذنه فتعلق ثوبه بشي فسقط وتلف لا يضمن هكذا ذكره
الناطفي في واقعاته وقيل يضمن لانه غير ماذون فيما تلف بفعله ك
رجل تعلق برجل وخاصمه فسقط من المتعلق به شي وضاع ضمن المتعلق

لانه

لانه ضاع بفعله لانه لولا تعلقه به لما سقط عنه وكذلك
لو جلس على طرف ثوب رجل بغير امره فقام رب الثوب فتخرق
الثوب يضمن الجالس لانه صار بمنزلة الجاذب له ونظيره تقدم
في كتاب الديات ولو دخل على رجل فاذن له فجلس على وسادة
له فاذا تحتها قارورة فيها دهن وهو لا يعلم به فاندقت (عينها فاندقت)
وذهب الدهن ضمن الدهن وما تخرق من الوسادة وسنده
منه لانه اذن له بالدخول لا بالجلوس على الوسادة ولو كان
امره بالجلوس عليها فتخرق من جلوسه لم يضمن لانه ماذون فيه ك
رجل سرح لبنا او القى ترابا كثيرا الى جدار جاره حتى انهدم
الحايط فان كان اللبن مشرجا على الحايط متصلا بحيث دخل الوهن
في الحايط من ثقله فهو ضامن لانه قصد التلف بفعله والا فلا ك
رجل نقض بالتفحص او كل ما كان مركبا كالسلم والسرير
او نزع باب داره من موضعه او حل سرج انسان ان امكنه
اعادته الى مكانه يومر الناقض بالاعادة لانه قادر على رد العين
الحق وان لم يكن اعادته ضمن قيمته صحيحا وسولفا وسلم المنقوص
له لانه عجز عن اعادة عين الحق فيجب بدله وهو القيمة وكذلك
لو هدم جدار رجل ثم بناه كما كان قيل ان يضمن له القيمة فلا شي

عليه كما لو فتق بخط انسان ثم خاطه ٥ ولو حل شراك
نعل رجل فان لم يكن في اعادة شراكه مونه مثل ما يستعمل
العامة فلا شي عليه لانه لم يتلف شيئا متقوما وان كان في اعادته
مونه ولا يدخله عيب يومر بالاعادة ولا شي عليه وان نقصه
يضمن النقصان ٥ **فصل** دجاجة ابتلعت لولو
لرجل او مرجانه دخلت قارورة انسان فايهما اكثر قيمة
يومر صاحبه بان يدفع قيمة الاخر ويملك مال صاحبه ان اراد
لان الجمع في الخيار بينهما غير ممكن فيرجح بالكثره ولو ادخل
رجل اترجه لرجل في قارورة لاخر يضمن قيمة كل واحد منهما
لصاحبه لانه اتلفها وتكون الاترجه والقارورة له لان المضمون
يملك باداء الضمان ٥ رجل اودع عند رجل فصيلا فادخله
المودع في بيته ثم كبر ولم يقدر على اخراجه الا بقلع باب
ينظر الى قيمة ما ينهدم من البيت والى قيمة الفصيل ايهما اكثر
يومر صاحبه بان يدفع قيمة الاخر ويملك مال صاحبه
ان اراد ولو استعار المودع بيتا وادخل الفصيل فيه ثم عظم
الفصيل يومر صاحب الفصيل باخراجه ان امكنه او بنحره
ويجعله قطعا قطعا لانه لا يمكن لرب الفصيل هدم باب البيت

لان المالك لم يرض به فتغير هذا وان كان حمارا او بغلا
فان كان ضرر هدم الباب فاحشا فكذلك وان كان
يسيرا له ان يقلع الباب ويغرم مقدار ما افسد من الباب
لانه لو لم يجعل كذلك يتضرر بفوات املاكه ٥ رجل احرق
صك رجل او دفاتر حسابه قيل يضمن على قدر ما ينتفع به
صاحبه وقال عامة مشايخنا يضمن قيمة الصك والدفاتر مكتوبا
دون ما ينتفع به ٥ رجل ربط حمارا على سارية فجا رجل وربط
حمارا اخر له على تلك السارية فعض احد الحمارين الاخر ان
ربطا في موضع لهما ولاية الربط بان لا يكون طريقا ولا
ملكا لاحد لا يضمن صاحب الحمار لان الربط ليس بتعدي وجنايته
منه والغلط فعل الدابة وانه هدر وان ربطا في موضع
ليس لهما ولاية الربط كالطريق وملك غيره ضمن لان ربطه
تعدي منه فما تولد منه يكون مضمونا عليه كمن اوقف الدابة
في السوق واتلف شيئا ٥ رجل قتل ديكا او اسدا لرجل
لم يضمن وان قتل قردا يضمن لان القرد له قيمة لان القرد يخدم
في البيت ويكنس البيت فصار بمنزلة الكلب والذيب والاسد
لا قيمة له لانه غير منتفع به **العشاوى** ذهبت دابة

رجل ليلاً او نهاراً بغير ارسال صاحبها فافسدت زرع
رجل لاضمان عليه وقال الشافعي ان ذهب ليلاً يضمن
ونهاراً لا يضمن والصحيح قولنا لانه لم يوجد من صاحب
الدابة التسبيب الى التلف لانه لم يوجد منه ارسال الدابة
بل ذهبت باختيارها واتلفت بفعلها وفعل الدابة هدر ك
المصلي اذا وقعت قلنسوته بين يديه فجاء رجل من بين يديه
فان وضعه حيث تنال يده فسرق لم يضمن لانه ما ازال يده
عنه وان كان اكثر ضمن لانه ازال يده عنه ك رجل تدلت
اغصان شجره في دار جاره وله منها ضرر فقطعها ينظر ان
امكن شدها بحبل حتى يفرغ هوا داره من غير قطع ضمن
لانه متعد في قطعه وان لم يمكن الشد لغلظ الاغصان او كونها
في موضع كان يقطعها الحاكم لو رفع اليه لم يضمن لانه فعل
ما يفعله الحاكم لو رفع الامر اليه فكان ماذوناً فيه شرعاً ولو
صب رجل ماء في تنور مسجور الآخر يضمن فضل ما بين قيمته
التنور مسجوراً وغير مسجور ك دفع المديون الدراهم الى الطالب
ولم يقل شيئا ثم دفع الطالب الى المديون لينتقدها فهلكت
في يده هلكت من مال الطالب كما لو دفع الى الاجنبي لينتقدها

وامر ان ينتقدها وهلكت في يده هلكت من مال المديون ولو دفع الى الطالب

لانه

لانه وقع القضا والاقتضا بالدفع الى الطالب فصار المطلوب
نائبا عليه في الانتقاد فصار نائباً عنه فيه ك رجل له على اخر
درهم فدفع المطلوب الى الطالب درهمين او درهما ثم ردها
وقال خذ درهمك منها فضاع الدرهمان قبل ان يعين
درهمه هلك على المطلوب وللطالب درهمه لانها وديعة
في يد الطالب حتى يأخذ حقه منها ك استعار مشتري
العصير من بايعه حماراً ليحمل عليه العصير فقال له البايع
خذ ولا تخل عنانه فانه لا يستمسك الا هكذا فلما سار ساعة
خلى عذاره فاسرع فانكسر ضمن المشتري قيمة الحمار لانه
سبب لتلفه بخلي العذار ك جمال نزل مغانه وكان زينها
له الانفال ولم ينقل حتى سرق المتاع ضمن ك اوقف ثور
قصار في طريق وعليه ثياب فمر عليه راكب فخرق بعض الثياب
الذي على الثور ينظر ان راى الراكب الثور ضمن وان لم يبصره
لم يضمن لانه غير متعد فيه ولو مر على ثوب موضوع على
الطريق وهو لا يبصره فخرق الثوب لا يضمن لانه ليس للقصار
وضع الثوب على الطريق وللحمار حق المرور فيه فلم يكن متعدياً
فيه وان ابصر الثوب ضمن لانه متعد فيه ك رجل طرح خشبة

مغانة

على باب داره وانكسر رجل الحمار من الخشبة او تلف منها شى
ان لم يضيق الخشبة بالطريق على المار ولم يضر بهم قال
رجوت ان لا يضمن صاحب الخشبة لانه يباح له الوضع فيه
كان لا يضر بالمارة رجل بعث رجلا الى ماشية فركب دابة
الامر فعطب فى الطريق فان كان بينهما انبساط فى ان يفعل
فى ماله مثل ذلك لا يضمن لانه ماذون فيه دلالة وان لم يكن
ضمن لانه غير ماذون فيه

باب الضمان بالخلط

المبسوط الغاصب او المودع اذا خلط المغصوب
او الوديعة بمال نفسه او بمال الغير فلا يخلوا اما ان يكون
خلط ممازجة او خلط مجاورة اما خلط الممازجة ان تعذر
التمييز بينهما كخلط دهن الجوز بدهن البزر ودقيق الحنطة
بدقيق الشعير فالخالط ضامن ولا حق للمالك فى المخلوط لانه
لما تعذر التمييز بينهما يكون الخلط استهلاكا من كل وجه لانه
عجز المالك عن الوصول الى عين ماله ابدا فينقطع حقه عن المخلوط
بالمثل وان امكن التمييز بينهما بالقسمة كخلط الحنطة
بالحنطة واللبن باللبن فكذلك عند ابى حنيفة وعندهما المالك
بالخيار ان شاء ضمنه مثل حقه وان شاء كان شريكه فى المخلوط واقتسماه

على قدر حقهما لهما ان حقه بعد الخلط مستهلكا من وجه من
حيث ان المالك لا يصل الى عين حقه حقيقة وقايم من وجه لانه يصل
الى عين حقه حقيقة وقايم من وجه لانه يصل اليه عين حقه حكما
بالقسمة لان القسمة فى المثليات جعلت افرازا لعين الحق حكما فيخير
المالك له ان حقه بالخلط صار مستهلكا من كل وجه لانه
يتعذر عليه الوصول الى عين حقه لاحتمال انما ياخذ حنطة
الخالط لا حنطته ولهذا وجب الضمان وهو حكم الاستهلاك
من كل وجه والقسمة افراز لعين الحق حكما فيما يثبت الشركة
ومع استهلاك حقه حقيقة لا يمكن اثبات الشركة فى المخلوط
وعلى ان القسمة توهم ايجاب زيادة على الخالط بان كانت حنطته
اجود واساوا القسمة فبطلت القسمة من المالك وترك التفسير
يدل على ذلك وايجاب الزيادة على الغاصب لا يجوز فامتنعت
القسمة واما خلط المجاورة فان كان خلطا امكن التمييز
بينهما بلا كلفة ومشقة كخلط الدراهم بالدنانير والبيض بالسود
لا يضمن الخالط ويميز وان كان خلطا لا يمكن التمييز بينهما الا بكلفة
ومشقة كخلط الحنطة بالشعير ذكر فى الكتاب انه يضمن الخالط
ولا يشترك كان فيه الخيار عندهما جميعا فابو حنيفة يحتاج الى الفرق

بين هذا وبين خلط الحنطة بالحنطة والفرق له ان افراز الشعير
من الحنطة ممكن لكن بكلفة ومشقة فيكون مستهلكا من وجه
قايما من وجه فيخير المالك ولا كذلك خلط الحنطة بالحنطة
والصحيح هو الاول لان هذا التمييز متعذر حقيقة لان الحنطة
لا تخلو عن حبات الشعير فيكون خلط الجنس بالجنس فيكون استهلاكا
من كل وجه فيملكه الخالط بالضمان وكذلك القسمة متعذرة لان
الجنس مختلف ولو خلط دراهم الجياد بدراهم الزيوف وهو
ضامن اذا علم ان في الجياد زيوف او في الزيوف جياد
لان التمييز متعذر حقيقة وكذلك القسمة لان حق احدهما
اجود من الاخر والقسمة مشروعة في الجنس الواحد حالة
اتفاق وصفه الجودة والرداءة فصار خلط الدراهم الجيد
بالردي كخلط الحنطة بالشعير وان علم انه ليس في الجياد زيوف
ولا في الزيوف جياد لا يضمن لانه امكن التمييز بين الزيوف
والجياد فلم يكن الخلط استهلاكا ولو خلط حنطة رجل بشعير
اخر وغاب الخالط فان اصطلحا على ان ياخذ المخلوط احدهما ويضمن
لصاحبه مثل كيله او قيمته جاز لان المخلوط مشترك بينهما
ويجوز بيع احد الشريكين نصيبه من المخلوط من شريكه واذا ابيا

باعاه واقتسما ثمنه يضرب صاحب الحنطة بقيمة حنطة مخلوطة
بالشعير وصاحب الشعير بقيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان الخلط
انتقصت قيمة الحنطة بفعل الخالط فلو اخذ قيمة حنطة غير مخلوطة
لاخذ اكثر من حقه وذلك لا يجوز فاما الشعير يزداد قيمته
بالخلط وهذه الزيادة حصلت من ملك صاحب الحنطة فلا
يستحق صاحب الشعير تلك الزيادة يضرب بقيمة شعير غير
مخلوط وانما كان لهما البيع لان المخلوط وان صار ملكا للخالط

بالحنطة ع

الا انهما ظفرا بجنس حقهما من مال الخالط لان حقهما في الحنطة
والشعير فاذا تراضيا ببيعه لهما ذلك **النوادر** رجل له
دقيق وللاخر نورة فاختلطا وكل واحد منهما ينتقص ثمنه
يبيعان ويضربان في الثمن كل واحد منهما بقيمة سلعته مختلطة
لان هذا انتقصان دخلهما من غير صنعهما ك او دعه رجل الف
درهم ثم او دعه هو واخر الفا اخرى ايضا فخلطها المودع فضا
مغرم للاول الالف الاولى ويغرم للثاني خمسمائة من الالف
الثانية للاول وقد خلطها بماله فلم يصر مستهلكا فيها وخمسمائة
اخرى خلطها بماله بمال غيره فصار مستهلكا لها رجل القى البذر
في ارضه فجاء اخر والقى فيها بذره وسقى الارض والقى البذر

وقلب الارض قبل ان ينبت بذر صاحب الارض فنبت البذران
جميعًا فالزرع للاخر عند ابي حنيفه لان خلط الجنس بالجنس استهلاك
عنه وعليه للمالك قيمة بذره مبذورًا في ارض ملكه وطريق
معرفته ما ذكرناه فان جاء صاحب الارض والقى فيها بذر
نفسه بالته وقلب الارض قبل ان ينبت البذران اولم يقلب
وسقى فما نبت من البذر كلها مقوله ويضمن الغاصب قيمة بذر
المالك مبذورًا في ارض نفسه ثم يضمن المالك قيمة البذرين
جميعًا مبذورًا في ارض غيره لان البذر الاول صار ملكًا
للغاصب بالضمان والثاني كان ملكه ايضًا فقد اتلف المالك
عليه البذرين فيضمن قيمتها **له** الغاصب اتلف بذرًا
واحدًا فيضمن قيمة بذر واحد ولو زرع المالك ونبت ثم جاء
آخر والقى بذره فيها وسقى لم يقلب الارض فالزرع له وعليه
قيمة بذر المالك مبذورًا في ارضه وكذلك اذا قلب فكان
الزرع اذا قلب مرة اخرى ينبت وان كان لا ينبت مرة اخرى
فالزرع للثاني وعليه قيمة زرع المالك ثابتًا لانه اتلفه كذلك
قال محمد رجل دفع الى رجل درهمًا ودفع آخر اليه درهمًا
وامره بخلطهما ففعل ثم وجد فيهما درهمًا ستوقًا فالقول قول

الامين فيه فان قال الامين لا ادري لمن هذا قال اضمنه الامين
وان خلط بامرهما بمنزله ما لو قال لرجلين دفع احدكما الى هذه
الدراهم ولا ادري من ايكما هو يضمن لهما جميعًا لانه بالجهل
صار مضيعًا

كتاب الاكراه

يحتاج الى معرفة تفسير الاكراه لغةً وشريعةً وصفة المكره
والمكره وركنه وشرط تحقيقه شرعًا وانواعه وحكمه
شريعه **اما** تفسيره لغةً هو حمل المكره على ما طلب منه بالاكراه
على كره وسخط فيه لا على طواعيه ورضًا لان الكره ضد الطوع
لقوله تعالى قال لها وللارض ائتيا طوعًا او كرهًا **واما**
شرعًا فالاكراه فعل يصدر من المكره فيحدث في المكره معنى يصير
به ملجأً على الفعل المطلوب منه ومضطرًا فيه بموجب الطبيعة
فيصير آلةً للمكره فيما يصلح آلةً له كالقتل والاتلاف المال
لانه يمكن للمكره ان ياخذ المكره فيضرب به على انسان فيقتله
او يلقيه على مال فيتلفه لانه اذا حمل عنه عليه لو عبد تلف
حتى صار كمسلوب الاختيار وملجأً عليه طبعًا ينضاف ذلك
الفعل الى المكره شرعًا كانه فعله بنفسه زجرًا وردعًا له عن
التجاسر عن ارتكاب هذه الكبيرة وفيما لا يصلح ان يكون آلةً له

كالتصرفات القوليه نحو الطلاق والعتاق والبيع ونحوها لا يصير
الة له حتى لا تنضاف هذه التصرفات الى المكره شرعا لانه لا
يمكنه ان يتكلم بلسان غيره فتعذر اضافته الفعل اليه مقصورا
على المكره ولكن انما ينتفي به الرضا حتى فسد البيع لان الرضا شرط
لصحته وليس بشرط لوقوع الطلاق والعتاق ونحوها
واما ركنه فما هو تفسيره لان الاكراه يقوم به **واما**
شرط تحققه شرعا فعند ابي حنيفه رحمه الله الاكراه لا يتحقق
الا من السلطان وكل من يملك اقامة الحد وعندهما الاكراه
من السلطان وغيره سوا اعتبارا لحقيقته لان السلطان
انما يتحقق اكراها لما فيه من خوف المكره التلف على نفسه
وخوف التلف على نفسه يتحقق في اكراه غير السلطان بسل
السيف على راسه والتفزيع بقتله على الفعل المطلوب منه ولابي
حنيفه ان الاكراه من غير السلطان لا يتحقق الا على سبيل
الشذوذ والندرة لانه يملك الاستغاثة من الناس والولاة
وخوف السلطان والولاة يمنع الرعيه عن الاقدام على الاكراه
وما يندر وجوده يجعل وجوده كعدمه لان النوادر لا تعتبر
لبنا الاحكام كعتق المعتاد **واما** صفة المكره وهو ان

يكون

يكون قادرا على ايقاع ما توعد به وصفة المكره فهو ان
يغلب على ظنه ان المكره يحقق ما توعد به وان لم يغلب على ظنه او
شك فيه انه لا يفعل ما توعد به لم يكن مكرها لان غلبة
الظن معتبرة عند فقد الادلة **واما** انواعه وحكمه
شرعا فالاكراه انواع اكراه بوعيد تلف نفس او عضو
او ضرب متوال مبرح يخاف منه التلف واكراه بوعيد ضرب
وحبس وقيد واكراه بوعيد تجويع نفس وتعطيشها
فالاكراه بوعيد تلف يوثر في الافعال الحسية كالقتل
واتلاف مال الغير حتى صارت مضافة الى المكره شرعا على ما وصفنا
وجب على المكره القصاص والدية في القتل والضمان في
اتلاف المال وعلى التصرفات القوليه الشرعيه فكل تصرف
يوثر فيه الهزل يوثر فيه الاكراه كالبيع والاجارة والهبة
والاقرار والكتابة حتى يحكم بفسادها لان الرضا شرط لصحتها
وكل تصرف لا يوثر فيه الهزل لا يوثر فيه الاكراه كالطلاق
والعتاق والنكاح والردة ونحوها حتى يقع معتبرا شرعا لان
الهزل والاكراه يجريان مجرا واحدا في سلب الرضا
والطواعيه وكل تصرف لا يشترط فيه الرضا لصحته لا يوثر

الاكراه بافساده وما يشترط فيه الرضا لصحته يوثر فيه

الاكراه بافساده **اما** الاكراه بوعيد ضرب وحبس وقيد

دايما ان كان لا يخشى على نفسه او على عضو من اعضايه في اكبر

رايه حل له مباشرة فعل المكره عليه والا فلا لان الناس

يتفاوتون في الضعف والقوة واحتمال الضرب ربما لا يحتمل

الضعيف بنيته عشرة اسواط ويخاف من التلف وربما لا يحتمل

ضرب اكثر من مايه فيفوض الى رايه واجتهاده ولا يسعه

بضرب سوط او سوطين لانه لا يخاف منه التلف الا ان

يقول لاضربنك سوطا او سوطين على راسك او على المذاكير

يباح له ذلك لانه يخاف منه على ذهاب ذلك العضو في ذلك

الحاله ٥ **اما** الاكراه بقيد او حبس لا يخاف منه التلف

لا يحل له تناول الميتة وشرب الخمر واتلاف مال الغير

لان حرمة هذه الافعال مقطوعة فلا يحل ارتكابها ومباشرتها

الا لضرورة مهلكة موبقه الا اذا كان حبسا يخاف منه التلف

يباح له ذلك بان حبس في مكان مظلم عميق يخاف ذهاب

البصر لطول مقامه لانه خاف الضرورة الملجية الموبقة ٥

واما الاكراه بوعيد تجويع او تعطيش لا يحل له اذا اشتد

يخاف منه التلف لانه اذا كان شبعانا ريانا لم يتحقق الضرورة

المهلكة للحال واذا اشتد الجوع او العطش تتحقق الضرورة

المهلكة

باب الاكراه على الكفر والايمان

والمعاصي ٥ المبسوط ٥ الاكراه على المعاصي انواع نوع

يرخص له فعله ويثاب على تركه وقسم حرام فعله ما ثوم

على اتيانه وقسم يباح فعله ويأثم على تركه **اما** الاول

لو اكره بوعيد تلف على اجرا كلمة الكفر وشتم محمد عليه

السلام او على ترك الصلاة وكل ما ثبت فرضيته بالكتاب

فهو مرخص فعله مثاب على تركه اصله حديث عمار بن

ياسر حين جا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما وراك

فقال قوم اكرهوني حتى قلت في الهتهم خيرا وقلت فيك

شرا فقال كيف وجدت قلبك فقال مطمينا بالايمان قال ان عادوا

فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمين بالايمان

فالله تعالى رفع الجناح في حال الاكراه والاضطرار

في اجرا كلمة الكفر على اللسان اذا كان قلبه مطمينا بالايمان

وان لم يفعل حتى قتل كان ماجورا شهيدا لما روى ان خبيبا ابتلى

بذلك فصبر حتى قتل وصلب فقال النبي عليه السلام انه من

ذلك الاثم

افضل الشهدا يوم القيامه وروي ان كافرا من الامم الماضيه
اخذ عشرة من المسلمين فاوقد لهم نارا عظيما فقال ان كفرتم
والالقيتكم بالنار فنظروا الى السما فراوا عشرة من الحور العين
منزينات فلما راوا ذلك اوقع واحد منهم نفسه في النار
حتى احترق فذهبت واحدة ثم جعل الثاني والثالث كذلك
حتى اوقع تسعة منهم فامتنع العاشر وكفر بالله تعالى فقالت
العاشرة ابتسني ابيسك الله من رحمته ونقصه ان حرمة الكفر
بالله تعالى في جميع الاديان واباحته مستحيل في جميع الاديان
[هامش: ثابتة]
الا ان الشرع رخص للمكره اجرا كلمة الكفر على اللسان اذا
كان قلبه مطمئنا بالايمان مصدقا بالجنان لدفع الهلاك
عن نفسه مع بقا حرمته على الاتفاق فاذا صبر على قتل فقد
[هامش: حتى قتل]
بذل مهجته وجاد بروحه ابتغا عز الحرم لاعزاز الدين واعلا
كلمة الله تعالى فكان شهيدا ماجورا فكان بمنزلة المجاهد
اذا خرج المبارزة عند التقا الصفين وهو يعلم انه يقتل يكون
شهيدا ماجورا لانه جاد بروحه وباذل نفسه لابتغا
مرضات الله تعالى ك **والثاني** لو اكره بالقتل على ان
يقتل مسلما او يقطع عضوه او يضربه ضربا يخاف منه التلف
[هامش: او يضرب والديه على وجه يخاف منه التلف]

او على شتم مسلم او ايذائه او على الزنا فهو حرام فعله مأثوم
مأزور على اتيانه لان الظلم حرام لا يستباح بحال ما
الا انه رخص مع قيام الحرمة لاستبقا نفسه وصيانة مهجته
وحرمة الزنا ثابتة بدليل مقطوع به فلا يسقط حرمته لاجل
[هامش: لا يستباح بحال]
صيانة نفسه ك **والثالث** لو اكره على تناول
خمر او دم او ميتة او لحم خنزير او اتلاف مال الغير لان
[هامش: بيعه ذلك]
حرمة تناول هذه الاشيا انما ثبت صيانة لطبعه وعقله
عن المحاذاة والخبث والسواد فكانت حقا له والشرع
[هامش: اباح له]
له تناوله عند الضرورة لاستبقا مهجته لان استيفا نفسه
اولى من صيانة طبعه وعقله فصار بالامتناع ساعيا في اهلاك
نفسه لصيانة جزويته فصار اثما مأزورا اذا علم انه يباح له
تناوله وان لم يعلم ذلك لا يأثم ولا يواخذ به لان الجهل
يزيل الاثم هذا كله اذا كان اكبر رايه انه يقتله لا يفعل
[هامش: او بتلف عضو لو امتنع عنه وان كان اكبر رايه انه]
لا يباح له تناوله ولو كان امره بذلك ولم سوعده في اكبر
رايه انه يقتله او الضربات بما امره فهو مثل المكره كان له ان
يتناول ذلك والعبرة في هذا الاكثر الراي الا للتوعيد
والتخويف لان العمل باكبر الراي واجب ك ولو اكرهه

بوعيد تلف على ان يضربه سوطا او يحلق لحيته او يقيده فعل
لا يأثم ان شاء الله وان لم يفعل حتى قتل كان في سعة لان
فيما يفعل احيا نفسه باساءة غيره لا باتلاف شيء منه الا ترى
ان له ان يتناول مال المسلم حالة المخمصة لاحيا نفسه
وذلك لان اساءة المسلم وايذاءه من مظالم العباد والظلم
حرام شرعا وعقلا لا يستباح بحال ما الا انه رخص مع
قيام الحرمة لاستبقاء نفسه فلهذا قرن الاباحة بالاستثناء
لانها ثابتة بدلالة النص الوارد في رخصة اجراء كلمة الكفر
ولو اكره بقتل على الشرك (الكفر) او على ان يصلي لهذا الصليب او يسجد
لهذا الصنم فان تكلم بالشرك او فعل وقلبه مطمئن بالايمان
ولم يخطر بباله شيء لا يكفر ولو خطر بباله ان يقول قد
كفرت بالله اخبارا عن كفر ماض بالكذب او صلى الى الصليب
وخطر بباله ان يصلي لله تعالى يكفر قضاء لا ديانة حتى يبين امرأته
منه قضاء لا ديانة لانه اقر انه عدل عما اكره عليه فانه قد
اكره على انشاء الكفر وهو ما انشأ الكفر بل حكى كفرا عما
مضى طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدق قضاء لانه
يؤدي خلاف الظاهر ويصدق ديانة لانه نوى ما يحتمله لفظه

ولو

ولو خطر بباله اني كفرت بالله مستقبلا لا اخبارا عن الماضي
او صلى للصليب وسجد للصنم وقد ترك ذلك ان يصلي او يسجد
لله تعالى وصلى للصليب يكفر قضاء وديانة لانه امكنه دفع
الاكراه بالخبر بالكفر عما مضى وان يصلي ويسجد لله تعالى لانه
لا اطلاع للمكره على ما في ضميره وكان طائعا في انشاء الكفر وفي
الصلاة الى الصليب والسجود للصنم وان صلى الى الصليب
ولم يخطر بباله شيء لا يبين امرأته لانه فعل ذلك مكرها
وقلبه مطمئن بالايمان وكذلك لو اكره على شتم محمد فخطر
على باله محمد آخر فصل ولو اكره الذمي على
الاسلام فاسلم يصح اسلامه استحسانا خلافا للشافعي
قياسا ولو قوتل الحربي على الاسلام فاسلم صح اسلامه بالاجماع
وهو مكره على الاسلام (بالقتال) وجه القياس ان ركن الاسلام هو
الاعتراف باللسان والاعتقاد بالجنان واعتقاده محتمل
متردد بين الوجود والعدم بل الظاهر من حاله انه اجرى
على لسانه دفعا لا تحقيقا وتصديقا فلا يحكم بايمانه بالشك
وجه الاستحسان قوله تعالى وله اسلم من في السموات والارض
طوعا وكرها فقد سمى المكره على الاسلام مكرها ولان الاسلام

خطر بباله

فترك ذلك

صلى الله عليه وسلم

وفي فتاوى قاضي خان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما

الحربي يصح مع الاكراه فكذلك اسلام الذمي لانهما يعبران
عن تصديق واعتقاد ولان التصديق بالجنان امر باطن
منكتم والبواطن لا يصلح مناطا لربط الاحكام بها وانما
الاحكام مبنية على الظواهر فاعتبرنا اعترافه عن تصديق
مناطا لترتيب الاحكام عليه ترجيحا لجانب الاسلام على جانب
الكفر واجبا لا لتصحيحه لقوله عليه السلام يعلو ولا يعلى
ولهذا لو كان احد الابوين مسلما والاخر كافرا يحكم باسلام
الولدين ترجيحا لجانب الاسلام فكذا هذا ولو اسلم مكرها
ثم رجع لا يقتل لكن يحبس ليرجع الى الاسلام لان في
اعتقاده شك وتردد احتمال انه لم يكن معتقدا فيكون كافرا
ذميا فلا يجوز قتله ولا يجوز قتله بالشك الا انا رجحنا جانب وجود
حالة اسلامه تصحيحا لاسلامه في حق الاحكام وهو عصمة نفسه
وماله كما يحكم باسلام الولد اذا كان احد ابويه مسلما ٥

الاسلام ح

كان معتقدا للاسلام فيجوز قتله بالردة و احتمل انه ح

باب الاكراه على الاقرار بالمال والحدود

ف المبسوط ف ولو اكره بوعيد تلف او
ضرب او حبس او قيد على ان يقر بالمال والحدود لا يصح
لانه اقر بما يدل الكذب وهو الاكراه لان الظاهر

من

من حال من اقر مكرها اقر كاذبا دفعا للشر عن نفسه اذ لو كان
صادقا لما احتيج الى الاكراه وان اكره بحبس او قيد يوم او
ضرب سوط على الاقرار فاقر صح لان الانسان لا يتحمل ضرر [illegible]
زوال المال بحبس يوم او ضرب سوط واحد فيترجح جانب
الطواعية فصار مقرا عن طواعية بخلاف ما اذا كانت
المشقة متفاحشة لانه قد يؤثر زوال الملك على تحمل
هذه المشقة فيترجح جانب الاكراه قال مشايخنا هذا اذا
كان الرجل من اوساط الناس وان كان الرجل الرجل من
اشراف الناس بحيث يستنكف عن ضرب سوط في الملا او قيد
او حبس يوم او تعريك اذنه في مجلس السلطان فانه يكون
مكرها لانه يوثر تحمل زوال ملكه على ما يلحقه من الذل
والهوان وهذا مفوض الى راي الحاكم لان الناس يتفاوتون
فيه ف ولو اكره بالقتل على الاقرار بالف فاقر بخمسمائة
لم يلزمه شي ولو اقر بالفين لزمه الف او اقر بمائة دينار
او بنصف اخر لزمه لانه اتى بما اكرهه عليه او ببعضه وابتدا
بالزيادة طوعا فينفذ ما اتى به طوعا لزمه لانه اقرار طايع
مختار فيه ويقدر بعموا عنه المكره عن الباقي وانما يتحقق

ما اتى به مكرها لم يلزمه لانه امتثل ببعض ما اكره عليه رجان ح

هذا الرجا اذا حصل المكره ممتثلاً ببعض ما امر به
ولو اقر بالحدود او القصاص مع الاكراه وهو معروف
بما اقر به اي بكونه قتالا او زانيا فاقيم عليه معروفا بذلك
يجب القصاص على المكره وضمن ما لا قصاص فيه ونظيره
رجل دخل على رجل مكابرا فقتله صاحب المنزل وقال
انه دخل ليقتلني ويأخذ مالي فان كان الداخل معروفا بالدعارة
والمكابرة لم يجب القصاص على القاتل والا يجب لانه اذا كان
معروفا بذلك فقد تعارض دليل الصدق وهو كونه
معروفا به ودليل الكذب وهو الاكراه فاورث شبهة
في درء القصاص فوجب اقراره بالمال لانه يثبت مع الشبهات
وان لم يكن معروفا بما اقر به فقد عري اقراره عن شبهة
الثبوت لانه عري عن المعارض

باب الاكراه على النكاح والطلاق والخلع والعتاق

المبسوط كل تصرف يصح مع الهزل كالطلاق والعتاق
والنكاح يصح مع الاكراه لما بينا فلو اكره الرجل على
النكاح يصح فان كان المسمى مثل مهر المثل او اقل جاز ولا يرجع
على المكره بشي لانه عوضه مثل ما اخرجه عن ملكه وان كان

فلا قصاص على المكره باقراره وضمن ذلك في ماله وان لم يكن ...

المسمى اكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ويجب مقدار
مهر المثل لان التسمية قد فسدت لانها تصرف في المال والرضا شرط
لصحة ايجاب المال وقد فات الرضا بالاكراه وان
اكرهت المرأة على النكاح فلا شي على المكره لانه ما تلف
عليها منفعة البضع ولا ضمان على متلف المنفعة ولانه ازال
ملكها عن البضع بعوض يعدله وهو مهر المثل فلا يعد
ازالة المنفعة واتلافا فان كان الزوج كفوا والمسمى مهر المثل
او اكثر جاز فان كان اقل فالزوج بالخيار ان شاء اتم
لها مهر مثلها وان شاء فارقها ان لم يدخل بها ولا شي عليه
وان دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها وان دخل بها
وهي طائعة فهذا رضا منها بالمسمى دلالة والرضا بالمسمى
فصار كما لو رضيت بالمسمى نصا الا انه يكون للولي حق تكميل
مهر المثل عند ابي حنيفة خلافا لهما وان فارقها قبل الدخول
لا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها لما لم يرض بالزيادة
فسقط الصداق كله كما لو قبلت ابن زوجها

فصل

ولو اكره على الطلاق قبل الدخول ضمن نصف المهر ورجع
به على المكره وبعد الدخول لا يضمن المكره لان بالاكراه

لان تمكينها من الوطي دلالة

قبل الدخول اكد نصف مهر كان على شرف السقوط فانه
متى جاءت الفرقة من قبلها يسقط المهر كله وبعد الطلاق
لا يسقط نصفه بالفرقة من قبلها وتاكد على ما هو شرف
السقوط ملحق بالايجاب نصار كانه اوجب عليه نصف
المهر وبالدخول تاكد المهر وتقرر حتى لا يسقط بالفرقة
من قبلها فبالاكراه على الطلاق بعد الدخول لم يوكد
عليه شيئا وكما في شاهدي الطلاق قبل الدخول او بعده
اذا رجعا ولو اكرهت المراة على تقبل تطليقة على الف بعد
الدخول ولم يكره الزوج لم يلزمها شي والطلاق رجعي لان
التزام المال لم يصح مع الاكراه فلم يجب المال والطلاق
الخلع
بلا عوض يكون رجعيا وان كان بلفظة يكون بائنا ولزمها
المال عند ابي حنيفة وعند محمد يقع رجعيا ولا مال عليها
وهي فرع ما اذا طلق امراته رجعية ثم خلعها ثانية يصير
تابتة عندهما خلافا لمحمد ره ولو اكرهت امراة على ان
يسال من زوجها في مرضه ان يطلقها واحدة باينة ورثت
ولو زاد على واحدة لا يرث لان الاذن لا يصح مع الكره كما لا
يصح مع الهزل فالواحدة حصلت بغير اذنها ورضاها لانها

مكرهة فيها والزيادة حصلت باذنها لانها فيها طايعة
ولو جعل الزوج امرها بيد رجل بتطليقة واكره الزوج
ان يامره بتطليقة اخرى ولم يدخل بها فطلقها تنتين لم يضمن
المكره لان الزوج في تفويض الاول كان طايعا وتفويض
الاول كاف في تاكيد نصف المهر على الزوج نصار راضيا
بالتاكيد فلم يصر المكره موكدا ولا متلفا لشي من المهر على
الزوج ولو طلقها التطليقة التي اكره الزوج عليها ضمن
المكره نصف المهر لانه كان مكرها في تفويض الثانيه
والاكراه على التفويض كالاكراه على التطليق ولو اكرهت
امة اعتقت على ان تختار نفسها قبل الدخول فلا مهر لها على
الزوج ولا لمولاها ولا يضمن المكره لان الفرقة مضافة
الى اعتاق المولى لا الى اختيارها نفسها لان للعتق اثر في ايجاب
الفرقة لانها بالعتق تملك بضعها لا باختيارها وملكها
بضعها علة لوقوع الفرقة عند اختيارها لما عرف في الطلاق
فقد جاءت الفرقة من قبل من له الصداق وهو المولى فيسقط
ولو اكره على ان يخلع امراته بعد الدخول على الف ومهرها
اربعة الاف ولم يكره المراة جاز على الف وكذلك الصلح عن

دم العبد لان المراة طايعه في قبول المال والتزامه ففسخ منها التزام المال ولاشي للزوج على المكره لان المكره لم يتلف عليه مالا ولا اكد عليه مالا كان على شرف السقوط لان المهر كان متاكدا على الزوج بسبب الدخول وانما اتلف عليه مجرد النكاح بعوض ولو اكره قاتل العمد على الصلح على مال لم يلزمه شي ويسقط القود لان التزام المال لا يصلح مع الاكراه والقصاص يسقط مع الاكراه لانه يسقط بالعفو مع الهزل وبدون الرضا ٥

باب الاكراه على العتق

السوط ولو اكره على عتق عبده جاز والولاء له ويضمن المكره قيمته لان في الاعتاق ازالة الملك والماليه واثبات الولايات في حق المالكيه والمكره يصلح الة للمكره في اتلاف الماليه فصار الة له في حق اتلاف المال فصار مضافا الى المكره ولم يصلح الة فيما عدا ذلك وهو الولا والولايه فبقي العتق مقصورا على المكره فيما عدا الماليه وصار كشاهدي العتق اذا رجعا بعد القضا ولا يجب السعايه على العبد لان الضمان هنا يجب بالاتلاف والسعايه لا يجب بضمان الاتلاف ولو اكره

على ان يعتق عبده على اقل من قيمته والعبد غير مكره نفذ بتمام قيمته ثم ان شا ضمن المكره قيمته ثم يرجع هو على العبد بمائة درهم لانه صار متلفا عليه عبده باعتاقه فضمن قيمته وان اوجب له مائة درهم بالسعايه لان تلك المائة في ذمة مفلسه لا يصل اليه في الحال وقد اتلف ملكه في الحال عن جميع العبد ويرجع على العبد بمائة درهم لانه باداء الضمان قام مقام المولى فيما كان للمولى على العبد وذلك مائة درهم بدل رقبته ولم يرجع بالزيادة لانه لم يملك العبد بالضمان لانه انما ضمن بالاعتاق وان شا المولى ضمن المكره تسعمائه واخذ من العبد مائه لان العبد طايع في التزام المال والمكره متلف عليه تسعمائه بغير عوض ومتلف عليه مائه بعوض لم يصل اليه لان تلك المائة في ذمة مفلسه لا يصل اليه في الحال فيتخير في تلك المائه ولو اكره على ان يعتقه على الف الى سنه وقيمته الف ففعل فان شا ضمن المكره قيمته للحال الفا ورجع المكره على العبد بالف الى سنة ويتصدق بالفضل وان شا اجاز العتق وكان له الف الى سنه لان المكره واتلف عبده بعوض اكثر منه الا ان العوض اجل والانسان

وقيمته الف م

على العبد م

قد يختار القليل العاجل على الكثير الآجل فيتخير في ذلك
ولو اكره العبد على قبول العتاق بمال لم يلزمه شيء ويضمن
المكره لما بينا ك عبد بين رجلين اكره احدهما على عتقه فاعتقه
جاز والولا كله للمعتق عندهما لان العبد عتق كله فان كان
المكره موسرا يضمن قيمته بينهما وان كان معسرا ضمن نصف قيمته
للمكره وسعى العبد للآخر في نصف القيمة لان المكره في حق
المعتق متلف وفي حق الساكت بمنزلة المعتق واتلاف
نصيب الساكت بالعتق صار مضافا اليه لان الاعتاق من
حيث انه يتضمن معنى الاتلاف مضاف اليه فصار المكره
متلفا لنصيب الساكت لا المعتق فيضمن قيمته بينهما ان كان
موسرا وان كان معسرا ففي حق المعتق متلف وضمان الاتلاف
لا يختلف باليسار والاعسار وفي حق الساكت بمنزلة
المعتق وضمان العتق يختلف باليسار والاعسار وعند ابي
حنيفة يعتق نصيب المعتق لا غير ولا ضمان على المكره للساكت
وان كان موسرا لانه معذور في هذا الاعتاق بالاكراه
والعذر دينا في وجوب الضمان على المعتق كما لو كان معسرا
ولان افساد نصيب الساكت صار مضافا الى المكره

فصار

فصار المكره هو المفسد لنصيب الساكت لا المعتق فان اختار
الساكت تضمينه فالولا كله له لان باداء الضمان انتقل الملك
اليه فعتق على ملكه وان اختار الاعتاق او السعاية فالولا
بين الشريكين نصفان لانه عتق على ملكهما ك ولو قتل عبد رجلا
خطأ فاكره مولاه حتى اعتقه وهو يعلم بالجناية ضمن المكره
قيمته ويأخذها المولى فيدفعها الى ولي الجناية لان المكره
صار متلفا باعتاق المولى لانه مضطر في هذا الاعتاق لا مختار
فيه فلا يصير المولى مختارا للدية بل اعتاقه من حيث انه اتلاف
صار مضافا الى المكره فيضمن قيمته والقيمة قائمة مقام العبد
فيأخذها ولي الجناية ولو كان الاكراه بحبس او قيد يضمن
المولى الجناية دون الدية ولا يضمن المكره شيئا لان هذا الاكراه
لا يعتبر اكراها في حق اتلاف المال لما بينا فلم يصر المكره
متلفا بنفس الاعتاق مقصورا على المولى فصار متلفا فضمن
قيمته ويعتبر اكراها في حق التزام المال لانه يسلب
الرضا فلم يصر المولى راضيا بالاعتاق فلم يصر مختارا للفداء ك
ولو اكره على ان يعتق عبده عن رجل بالف وقيمته الف
فاعتق وقبل المعتق عنه طائعا فان شاء ضمن المكره وان

قيمته لولي

شاء ضمن المعتق عنه ويرجع المكره على المعتق عنه والولاء للمعتق
عنه لطعن الكرخي وقال ينبغي ان لا يقع العتق عن المعتق
عنه لانه بمعنى البيع وبيع المكره قبل التسليم لا يفيد الملك
والجواب عنه ان الاكراه ورد على الاعتاق لا على البيع
الذي في ضمن طلب الاعتاق ولو ورد على البيع فانما يرد ضمنا
وتبعا له فكان طايعا فيهما فدخل العبد في ملك الامر بالتمليك
منه اولا ثم يصير المامور معتقا عنه بامره ثم في الاعتاق
في حق ازالة الملك صار مضافا الى المكره فصار مستهلكا
للعبد برضاه واختياره فقد تعدى من كل وجه واحد بسبب
ضمان المولى العبد فله ان يضمن ايهما شاء ثم المكره يرجع
لانه ملكه بالضمان والشراء لم يتعد من جهته ولو اكره
بحبس يجب القيمة له على المعتق عنه دون المكره لان الاكراه
لم يتحقق في حق الاتلاف فاقتصر الاعتاق على المكره ولكن
الرضا يفوت بالحبس فوقع التمليك فاسدا الا انه ما رضي
بزوال ملكه عن العبد فيجب القيمة له كما لو اكرهه
على البيع المفرد والتسليم بالحبس ولو اكره المعتق بالقتل والمعتق
عنه بالحبس فالمعتق عن غيره مكره ولو كان الاكراه على عكس

للعتق والاكراه لم يوثر في العتق فلا يوثر فيما يثبت في ضمنه تبعا

هذا ايهما ضمن المكره قيمته للمولى ولم يضمن المعتق عنه شيئا
فالولاء للمعتق عنه لان فعل المعتق عنه صار منقولا ومضافا
الى المكره لانه اكرهه بوعيد تلف فصار كان المكره
هو الفاعل دون المعتق عنه والاعتاق وان وجد في
ملك المعتق عنه الا ان للبايع حق الاسترداد وقد اتلف
المكره باكراه المشتري على الاعتاق حق البايع في الاسترداد
بغير رضاه وصار كالمشتري من المكره اذا اعتق كان
للبايع ان يضمنه فكذا هذا ولو اكرههما على ان يدبرا العبد
عنه بالف درهم فدبر فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره
قيمته قنا ورجع المكره على القابل التدبير بقيمته مدبرا
وان شاء ضمن القابل قيمته مدبرا ورجع على المكره
بنقصان التدبير ولا يرجع المكره بذلك على القابل ويعتق
من ثلث مال القابل لان المكره ما اتلف قيمته قنا لان
تسليم المولى العبد صار في حق ازالة اليد والاتلاف
مضافا الى المكره فصار كان المكره سلم عبده قنا بغير اذنه الى المدبر
عنه فاذا ضمنه قيمته فقد قام مقامه في حق الرجوع على المدبر
عنه وان شاء ضمن المدبر عنه قيمته مدبرا لان التدبير صار منقولا

الى المكره عنه في حق ما تلف من العبد وهو نقصان التدبير
وفيما وراء ذلك فقد ملكه المدبر عند العبد على المولى لانه وجد منه
قبض وتملك لان المقصود من تمليك المال الانتفاع به وقد ملك
عبدا يستعبده ويستخدمه فاذا ملك مالا منتفعا به وقد عجز
عن رده بسبب التدبير من جهته فقد تملك عبدا مدبرا فيضمن قيمته
مدبرا بالقبض بجهة التمليك ويكون له ان يضمن المكره فيه نقصان
التدبير ولو اكرههما على العتق او قيد لم يضمن المكره شيئا وضمن
القابل قيمته ثمنا لان هذا الاكراه غير معتبر في حق الاتلاف
وهو معتبر في حق سلب الرضا فاقتصر فعلهما عليهما فقد تملك
عبده عليه بغير رضاه فيضمن قيمته ثمنا ولو اكرهه المولى بقتل
والقابل بحبس فللمولى ان يضمن المكره قيمته ثمنا ولم يرجع المكره
بها على القابل فان شاء ضمن القابل قيمته ثمنا ولا يرجع هو على المكره
بشيء وايهما ضمنه المولى برئ الاخر لان فعل المولى وهو التسليم صار
مضافا الى المكره في حق ازالة اليد لان الاكراه كان بوعيد
تلف وفعل القابل اقتصر عليه لانه طايع فيه وقد قبض عبدا ثمنا
بجهة التمليك فقد تعدى من كل وجه واحد بسبب الضمان
للمولى ولا يرجع القابل على المكره لانه سلم له المضمون ويرجع المكره

على القابل

القابل بما ضمن لانه قام مقام المولى في المدبر باداء الضمان ولو
وهب المولى من المكره قيمته او ابراه منها كان للمكره ان يرجع
على القابل بقيمته لان المولى لما اختار تضمينه فقد اقامه مقام
نفسه في حق التضمين القابل فان ابطال حقه عن احدهما لا يوجب
ابطال حقه عن الاخر كما اذا ابرا الغاصب الاول عن الضمان
كان للاول ان يضمن الثاني وان اكره المولى بحبس والقابل
بوعيد تلف فللمولى ان يضمن المكره ما نقصه التدبير ويضمن
القابل قيمته مدبرا لما عرف ولو اكرهه بقتل على ان يقبل
من رجل عتق عبده على الف وقيمته خمسمائة او الفان ورب العبد
طايع ففعل كان الولاء للقابل ولا ضمان عليه ولا على المكره
لان قبول العتق عنه بالف يتضمن شراء واقباضا واعتاقا والقابل
وهو المشتري مكره في جميع ذلك والمكره لا يضمن شيئا لمولى
العبد لانه طايع في الاعتاق وفعل القابل صار منقولا الى المكره
فصار كان المكره هو الذي اعتقه وقد رضي صاحب العبد باعتاقه
الا ترى ان البايع لو سال لما ان يكره هذا الرجل على ان يشتري
منه هذا العبد بالف ويقبضه ففعل ومات في يده لم يضمن
المكره ولا المشتري للمولى شيئا فكذا هذا ولو اكرهه على ان يعتق

نصف عبده فاعتقه كله لم يضمن عند ابي حنيفه وعندهما يضمن لان

عنده العتق يتجزى فالمكره على اعتاق الكل ولهذا لو امر

الوكيل باعتاق النصف اذا اعتق الكل لا يصح وصار مخالفا وعندهما

العتق لا يتجزى فيكون الاكراه على اعتاق النصف يكون اكراها

على اعتاق الكل ايضا فالى المكره ولو اكرهه على ان يعتق كله

فاعتق نصفه عندهما يضمن وعند ابي حنيفه يسعى في نصف قيمته ويضمن

المكره نصف قيمته لان المكره على الاعتاق الكل يكره على اعتاق

النصف كالمكره على ايقاع الثلاث مكره على ايقاع الواحده

وكالمامور باعتاق الكل اذا اعتق النصف صح عنده فكذا هذا

النصف لا يكون مكرها على اعتاق م

فقد اعتق الكل مكرها فصار تلفا الكل م

باب الاكراه على البيع والشراء

المبسوط فيه فصول احدها فيما يصير مكرها والثاني فيما لا

يصير مكرها والثالث في اكراه احد المتبايعين والرابع

في تصرف المشتري من المكره **فصل** كل تصرف الرضا

فيه شرط لصحته كالبيع والشراء والهبة والاجارة بالاكراه باي

وجه كان ينعقد فاسدا ولو باع مكرها وسلم ينعقد فاسدا

حتى اذا اتصل به القبض يثبت به الملك للمشتري وقال زفر

يتوقف على اجازة المكره ولا يثبت الملك الا باجازته لان هذا بيع

فيه

فيه خيار للبائع بدليل انه يتخير بين الفسخ والاجازه فلو ثبت الملك

فيه قبل الاجازه **لنا** ان العقد صدر من المالك مرسلا

منجزا مجردا عن اشتراط الخيار نصا فوجب ان يثبت الملك

منجزا الا مترتبا لان امتناع حكمه منجزا مع وجود العقد مرسلا

مطلقا يكون تنويعا لما اطلقه وهذا خلاف الحقيقه واصل

الشريعه فلا يجوز الا بدليل فاما قام الدليل على تاخر حكمه وتاجله

الى وقت القبض وهو اتصال الفساد به لفقد الرضا لان الرضا

شرط لصحة البيع ونفاذه لا لوجوده وانعقاده لان انعقاده

بصدوره من اهله في محله الا ان الشرع جعل لدفع الضرر عنه

طريقا وهو ولاية الفسخ له مع اعتبار تصرفه وصيانته

عن اللغو فلا ضروره الى منع عمل السبب وتوقيفه على وجود

الرضا ولو باع مكرها وسلم طائعا جاز البيع ونفذ لان

التقابض منهما طائعا يكون رضا منهما بالبيع دلالة والاكراه

على البيع لا يكون اكراها على التسليم والقبض لان البيع يصح بدون

التسليم ولو اكرههما بحبس او قيد على البيع والتقابض فالبيع

فاسد لم يحل لاحدهما ما قبض ويضمن لصاحبه ولا يضمن المكره

لان الاكراه بالحبس يسلب الرضا بالعقد والقبض ولكن لا يجعل

يبطل خياره لانه لا يقدر على الفسخ والاجازه م

المكره اله للمكره فلم يصر متلفا ولو اكرهه على بيع بالف
فباع بالف وخمسمائة (او خمسمائة) لم يجز وان باع باكثر من الف جاز لان
في الاول خالف الى خير لان مقصود المكره الحاق الضرر
بالمكره والبيع بخمسمائة اضر به من البيع بالف فكان الاكراه
على البيع بالف اكراها على البيع باقل وفي الثاني خالفه
الى شر للمكره لانه اكتسب نفعا لنفسه لما باعه بالف لم يكن
اتيا بما اكره عليه ولو باعه بدنانير قيمتها الف لم يجز لان
الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد في حق التجارات
عرضا ومقصودا فكان اتيا بما اكره عليه في حق المقصود وهو
الحاق الضرر به ولو باعه بعرض او مكيل او موزون باقل من قيمته
جاز لانه لم يات بما اكره عليه جنسا وكذلك لو اكرهه
على البيع فوهب جازت لانه جنس ما اكره عليه ولو اكره
على ان يبيع جايزا فباع فاسدا فهلك ان شاء ضمن المشتري
او المكره وعلى عكسه يكون رضا بالبيع والفرق ان المكره
على البيع الفاسد متى باع جايزا فقد اتى بغير ما اكره عليه لان
الجايز ضد الفاسد ويفيد من الاحكام ما لا يفيده الفاسد
وهو اثبات التاكد (التاكيد) ووصف الصحة والحل ولا اكراه في ذلك

اوسلم

والمكره

والمكره على البيع الجايز متى باع فاسدا فقد اتى بما هو انقص
مما اكره عليه لان الفاسد انقص اثباتا من الجايز فيدخل
تحت الاكراه كما لو اكره على البيع بالف وباع بخمسمائة
ولو اكره بحبس ابنه او عبده ان يبيع عبده او يهبه (رهنه) ففعل فهو
اكراه استحسانا وكذلك في الاقرار ووجه القياس انه
اكرهه بحبس اجنبي غيره لا بحبس نفسه فلا يثبت الاكراه كما لو
اكره بحبس اجنبي ووجه الاستحسان ان الانسان كما يغتم به
الغم بحبس نفسه يغتم به بحبس ابنه وعبده الا ترى ان الانسان
يوثر حبس نفسه على حبس ابنه نصا فكانه اكرهه على حبس نفسه

فصل ومن هو مكره من المتعاقدين او مشروط
له شرط فاسد فله ان ينقض العقد من غير رضا فساد رضا
ومن ليس بمكره ولا مشروط له فليس له نقضه الا بقضاء او
رضا حتى لو اجاز الاخر العقد قبل نقض القاضي نفذ
وابرم وان كان كلاهما مكرها او مشروطا له شرطا فاسدا
فلكل واحد نقضه من غير قضاء ولا رضا لان خيار الفسخ بسبب
فساد العقد انما يثبت حقا له ليتدارك بالفسخ ما فاته لخلل
تمكن في رضاه وغير المشروط له الخيار راض بلزوم العقد

وابرامه فلم يتمكن الخلل في رضاه فلا يملك نقضه بنفسه
وانما يثبت له الخيار حكما لفساد العقد بعد تمام الملك بالقبض
فاشبه خيار العيب بعد القبض فلا يملك نقضه الا بقضا او رضا
وقبل قبض المبيع يملك كل واحد نقضه من غير قضا ورضا لان
البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد شيئا من احكامه فصار كبيع
الفضولي ولو كان البايع مكرها والمشتري طايعا فقبض المشتري
المبيع واجاز البيع نفذ البيع بعد القبض وقبله انتقض لان
البيع لازم نافذ في جانب المشتري لانه طايع فيه فلم يصح نقضه
الا بقضا او رضا فبقي البيع موقوفا على اجازة البايع فاجازته
لاقت عقدا موقوفا فصحت ونفذ في حقه وقبل قبض المبيع
يصح نقض المشتري فاجازة البايع لاقت عقدا مفسوخا فلغت ش
والمشتري من المكره لو تصرف في المبيع ان كان تصرفا لا يحتمل
النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد لا ينفسخ ويلزمه القيمة
والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره ورجع المكره على المشتري
لانه ملكه بالضمان بالغصب السابق فظهر ان المشتري قبض ماله
للتمليك وان شاء ضمن المشتري لانه قبض ماله بغير اذنه للتمليك
وان كان تصرفا يحتمل النقض كالبيع والهبة والكتابة والاجارة

فله ان يفسخه بخلاف ساير البياعات الفاسدة لا يفسخ تصرف
المشتري لان ولاية النقض والاسترداد تثبت حقا له فلو زال
انما يزول بتصرفه وازالته ففي المكره التصرف ما
حصل بتسليطه ورضاه فلم يكن راضيا بابطال حقه فبقي حق
فسخه كالمشتري اذا تصرف في الدار المشفوعة او تصرف
في المبيع قبل نقد الثمن بغير اذن البايع كان للشفيع والبايع
نقضه لانه ما حصل بتسليطه وفي البياعات الفاسدة التصرف
حصل بتسليط البايع فيكون راضيا به فلا يملك نقضه لحقه
ولا لحق الشرع لان الفساد قد زال لزوال محله بالبيع الصحيح
ولو باع المشتري من المكره من اخر ثم باعه المشتري الثاني
من اخر حتى تداولته الايدي فله ان يفسخ العقود كلها واي
عقد اجاز جازت العقود كلها لانه لما اجاز بعض العقود فقد
زال الاكراه وصار طايعا راضيا فجاز العقد الاول
فجازت العقود ه فان اعتق المشتري الثاني فللمكره ان يضمن
اي الثلاث شا لان كل واحد منهم احدث سبب الضمان في حق
المكره بازالة يده عن ماله لان فعل المكره وهو التسليم صار
مضافا الى المكره في حق ازالة اليد فيصير غاصبا والمشتريان

كل واحد نقض ما له بغير اذنه للتمليك وقبض مال الغير بغير
اذنه لا للتمليك موجب للضمان فللمالك اوان فان ضمن المكره
بالقيمة على المشتري الاول او الثاني لانه ملكه بالضمان بالغصب
السابق وان ضمن المشتري الاول لا يرجع على الاول بشي وينفذ
بيعه لان ملكه سابقا على بيعه فنفذ تصرفه من الثاني كالغاصب
الثاني اذا باع ثم ضمنه الاول نفذ بيع الثاني بخلاف المكره
اذا ضمن لا ينفذ بيع المشتري الاول لانه ملكه متاخرا عن البيع ه

باب الاكراه على الهبة ودفع المال

المبسوط ه ولو وهب مكرها وسلم طايعا فالهبة فاسدة
بخلاف ما لو باع مكرها وسلم طايعا فالبيع جايز والفرق ان قصد
المكره بالاكراه الحاق الضرر بالمكره وذلك بزوال الشي
عن ملكه لا بمجرد العقد والهبة بدون التسليم لا يفيد زوال الملك
فلا يفيد الاكراه على مجرد الهبة فكان الاكراه على الهبة
اكراها على التسليم قصدا فاما البيع يزيل الملك بدون التسليم
وفساد البيع بالاكراه لا يعلمه المكره الجاهل المتغلب بل يظن جوازه
ولهذا اقدم على الاكراه قصدا منه لازالة ملكه بمجرد البيع
فلا يكون الاكراه على البيع اكراها على التسليم دلالة وكون الهبة

لا تزيل الملك الا بالقبض يعرفه كل احد ولو اكرهه على ان يهب
جاريته هذه لفلان فوهبها لفلان ولاخر وقبضاها جاز نصفها
للاخر لانه طايع فيه وهي شاعة لا تحتمل القسمة فصحت الهبة
ولو كانت الف درهم لم يجز للاخر ايضا لان هبة المشاع
فيما يحتمل القسمة فاسدة فلم يجز في الاخر لمكان الشيوع ولا للاكراه
عنه وعندهما لم يجز لفقد التسليم لان تفريق التسليم يمكن
الشيوع في التسليم بخلاف مقارن للعقد ولهذا لو وهب
منهما الف درهم طايعا ثم سلم اليهما متفرقا لم يجز ولو اكرهه
على الهبة فتصدق جاز لان الهبة مع الصدقة مختلفان فانه يبتغي
بالهبة استجلاب المودة والمحبة والمكافاة وبالصدقة استجلاب
المثوبة وابتغاء مرضات الله تعالى من غير طلب المكافاة في
الدنيا والصدقة لا تجوز الا للفقير والهبة تجوز للغني والفقير
فلا يكون الاكراه على احدهما اكراها على الاخر ولو نحلت
او اعمرت لم يجز لانهما يتفقان معنى والعبرة للموافقة في المعنى لا
للمخالفة في اللفظ كالنكاح مع التزويج ولو وهب بعوض
جازت لان الهبة بعوض بيع بجانبا معنى فلم يات بغير ما اكره
عليه ولو اكره على الهبة بعوض فوهب مجانا جاز ايضا لانه اكرهه

على البيع وقد اتى بالهبة ولو باع لا يجوز لان الهبة بعوض بيع
معنى فقد اتفقا في المعنى ولو اكرهه على ان يهب نصف هذه
الدار مقسومًا ويدفعه اليه فوهب له الدار كلها ودفعها
اليه لا يجوز استحسانًا وكذلك لو اكره على ان يبيع بيتًا
من البيوت فباع كلها وجه القياس انه اكره على هبة النصف
وقد وهب الكل فيجعل طايعا كما لو اكره على بيعه بالف
فباعه بالفين وجه الاستحسان انه مكره في هبة نصفها طايعًا
في هبة نصفها الا ان النصف الذي كان طايعًا فيه مشاع
يحتمل القسمة فيكون الهبة في جميع الدار فاسدة في نصفها للاكراه
وفي نصفها للشيوع ولو اكره على ان يهب نصف داره فوهبها
كلها وسلم صحت الهبة لانه اتى باكثر مما اكره عليه والاكراه
على الاقل لا يكون اكراهًا على الاكثر لانه ليس في الزيادة اكراهًا
فصار كما لو اكرهه على البيع بالف فباعه بالفين كان طايعًا فكذا
هذا فصل ولو اكرهه بوعيد تلف على ان
ياخذ مال فلان فيدفعه الى من اكرهه يسعه اخذه والضمان
على المكره لان اخذ مال الغير يستباح لضرورة المخمصة فكذا
يستباح لضرورة الاكراه فان لم ياخذ حتى قتل كان مثوبًا ماجورًا

لان ذلك من نظام العباد وحرمة الظلم ثابتة بكل حال
كحرمة الكفر بخلاف ما لو كان الرجل في سفر فاشتد جوعه
ومع رفيقه طعام فلم ياخذه منه حتى مات فانه ياثم وان ابى له
ان صاحب الطعام يعطيه بالقيمة فلم ياخذ منه حتى مات
وان كان لا يعطيه اصلا فصبر حتى مات لا ياثم كما في الاكراه
ولو كان صاحب المال يعطيه بالقيمة فلم ياخذ حتى قتل فانه
ياثم ولو اكره بحبس او قيد على ان يودع ماله من فلان
وفلان طايع لم يضمن واحد منهما والمال امانة لان صاحب
المال مكره في الايداع طايع في التسليم لان قوله اودعتك
لا يصح من غير رضا كالبيع والهبة والحبس يسلب الرضا فيعتبر
اكراهًا في حق الايداع والتسليم يصح من غير رضا فلا يعتبر
الحبس اكراهًا في حقه فقد دفع ماله الى المستودع طايعًا
فبقي تسليمه مقصودًا عليه فلا يضمن المكره والمستودع اخذ
ماله بدفعه طايعا ليرده عليه لا لدفع المكره فلا يصير متعديًا
ولو اكرهه على الايداع بقتل فله ان يضمن ايهما شاء وايهما
ضمن لم يرجع على صاحبه لانه مكره على التسليم لان الاكراه بوعيد
تلف يجعل فعل المكره منقولًا الى المكره فصار تسليمه منقولًا

الى المكره فصار كان المكره دفع ماله بغير اذنه الى المستودع
والمستودع قبض مال غيره طايعا بغير اذنه فصار متعديا
والايداع ان لم يصح من المكره بقي مسلما ماله الى المستودع
ليرده الى المالك وهذا لا يوجب ضمانا على القابض ولو
اكرههما على الايداع والقبض بالقتل فقبضه المستودع وهلك
يضمن المكره دون المستودع لان المكره صار آلة للمكره فصار
قبض المالك واخذه مضافا الى المكره فصار كان المكره اخذ
المال بنفسه ووضع عند المستودع ولان المستودع قبض
المال باذن الشرع لانه يحل له اخذ مال الغير لاستبقا
نفسه وقد اخذه ليرده الى المالك لانه اخذه ليكون وديعة
عنده فلم يصر متعديا في الاخذ فان قال القابض قبضته
ليدفعه الى المكره ضمن لان الاكراه لا يرد على الاعتقاد والضمير
فاذا اعتقد الرد على المكره فقد عدل عن الاكراه فصار
طايعا في القبض فقد قبض ماله بغير اذن صاحبه كالمكره على اجرا
كلمة الكفر اذا اعتقد الكفر لانه لا حاجة له الى هذا الاعتقاد
لدفع الاكراه فقد عدل عما اكره عليه ويضمن المكره لان دفع
صاحب المال مع الاكراه صار مضافا الى المكره فصار غاصبا

بكفره

تلفا

تلفا فان ضمن القابض لا يرجع على المكره وان ضمن المكره
يرجع على القابض لما عرف ولو اكرهه على الهبة واكره القابض
على القبض والقبول فهلك في يده ان قال قبضت لنفسه
بحكم الهبة ضمن لانه قبض ماله طايعا بغير اذنه لان الاكراه
ورد على مجرد الهبة والقبض لا على القبض لنفسه فلا حاجة
الى هذا الاعتقاد لدفع الاكراه فاذا اعتقد القبض لنفسه
بغير اذنه فصار مضافا (ضامنا) ويضمن المكره فيضمن ايهما شا وان
قال قبضته لارده على صاحبه ينظر ان امكنه ان يقول
عند الهبة اخذه لارده ولم يقل يضمن وان لم يمكنه ذلك لم
يضمن ويحلف عليه لان القبض في الظاهر كان واقعا له
لانه قبضه للتمليك بالهبة فلا يصدق في دعواه انه قبضه
للمالك من غير قرينة ولا دلالة حال فاذا كان قادرا على البيان
والاشهاد ولم يشهد انه يقبضه للمالك فالظاهر انه قبضه
لنفسه واذا كان عاجزا عن البيان والاشهاد فالظاهر
انه قبضه للمالك نظيره اذا وجد ابقا في يد انسان فاشتراه
ثم قال اشتريته لارده الى المالك ان كان قادرا على الاشهاد
وقت الشرا انه اخذه للمالك ولم يشهد يضمن وان كان عاجزا

فقد عدل عن الاكراه فصار طايعا
في قبض مال الغير لنفسه

لنفسه فاذا كان عاجزا عن
البيان والاشهاد فالظاهر

لم يضمن وكذا هذا ك

باب الاكراه على القتل والقطع

المبسوط ك فيه فصول احدها في الاكراه على قتل غيره والثاني في الاكراه على قتل نفسه والثالث في القطع

فصل ولا قصاص ولا دية على المكره على القتل بل على المكره وقال ابو يوسف لا قصاص عليهما وعلى المكره الدية وقال زفر يجب على المكره دون المكره وقال الشافعي يجب عليهما القود او الدية لزفر ان القتل صدر من المكره حقيقة لانه قادر مختار فيه لان الاكراه لا يسلب الاختيار والقدرة بل يحققهما ولهذا بقي مخاطبا بالنزال حتى اثم القتل بلا قتل لا يتصور والادمي المسلم معصوم النفس محقون الدم فكان قتلا بغير حق فيوجب القود بالنص لابي يوسف انه تمكنت شبهة الاباحة في فعل المكره لوجود السبب المبيح وهو الاكراه لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه اراد به رفع حكمه وهو الاثم والمواخذة فهذا السبب ان تقاعد عن افادة حقيقة الاباحة فلا يتقاعد عن ايراث الشبهة والشبهة تمنع القصاص [صح] والقتل لم يوجد من المكره مباشرة ولا تسبيبا باضافة القتل

[هامش: اثم اثم القتل]

الصادر

الصادر من المكره لانه قادر مختار والفعل الصادر عن قادر مختار يقتصر عليه **لنا** ان القتل افساد البنية الصالحة المهياة للنهوض باعبا التكاليف وذلك لا يجوز الا اذا تضمن مصلحة صون النفوس المعصومة المحترمة عن الافساد وحقن الدما عن السفك والاهدار ليكون خوف وجوب القصاص صادا للسفها عن التجاسر على سفك الدما وقتل المكره عري عن هذه المصلحة لانه لا عداوة [هامش: ولا] ضغينة بينهما ولهذا آل الامر الى الاكراه بالسيف ولهذا الورثة يعدلون في القتل فبقي افسادا محضا والافساد حرام بنص الكتاب وقتل المكره يتضمن هذه المصلحة فان الورثة يقصده دون قتله لانه انعقد بينهما سبب العداوة حيث اقدم على الاكراه على قتل مورثهم والمكره ايضا يقصد قتلهم لمخافته على نفسه فانعقد سبب الهلاك في حق الورثة فقتل المكره لسبب الهلاك عنهم [في حق الورثة] يكون احيا للورثة معنى وفي احيايهم احيا المورث معنى فصلح قتله قصاصا ك ولو اكره بقتل على ان يقتل عبده او يقطع يده لم يضمنه فان فعل ياثم ويقتل المكره في القتل ويضمن نصف قيمته في القطع

[هامش: دفعا]

لان اراقة دم العبد وهو غير مملوكة له لانه باق على اصل الحرية
في حق الزوج حل القطع فكان بمنزلة الحر فيلزم المكره
القود عندهما وعند ابي يوسف قيمته والقصاص لا يجرى
في اطراف العبيد فضمنه الدية ولو اكره بقتل على ان
يقتل اباه او ابنه فقتله لم يحرم عن الميراث ولو كان اب
المقتول او ابنه يحرم عن الميراث لان المباشر للقتل هو
المكره باعتبار صيرورة المكره آلة له ولهذا يجب القصاص
والكفارة عليه وانما اثم المكره اذ جعل نفسه آلة له لا اثم
القتل كمن شد قوايم انسان ليلقيه على عدو والمشدود قوايمه
بحال امكنه الدفع فلم يدفع حتى القاه فقتله يمنع فانه ياثم
ثم جعل نفسه آلة لا اثم القتل فكذلك المكره يمكنه ان
يمتنع عن القتل فاذا اقدم على القتل فقد جعل نفسه آلة له فياثم
اذ جعل نفسه آلة فلم يكن متعديا جانيا في القتل ولو اكره
بقتل على ان يضرب رجلا بحديد ضربة وثنى بغير اكراه فمات
فلا جميعا لان احدى الضربتين بالاكراه فصارت منقولة الى
المكره والاخرى بطواعيته فانضمت عليه فصارا قاتلين له ولو
كانت الضربتان بعصا غرم عاقلة كل واحد منهما نصف الدية

المكره

في

في ثلاث سنين لانهما قتلاه بعصا وذلك القتل شبه العمد وفي
شبه العمد تجب الدية على العاقلة ولو كان الاكراه بحبس او
قيد فالضمان على الضارب قودا كان او دية لان فعله اقتصر
عليه لان الاكراه بالحبس لا يعتبر اكراها في حق الاتلاف
فصل اصله ان المدفوع الى شرين وبليتين يختار
اهونهما وايسرهما لما فيه من دفع بعض الشر عن نفسه بقدر
الامكان ثم المسائل على اربعة اوجه **الاول** لو اكره
بقتل على ان يقطع يد نفسه فهو في سعة في قطعها لانه
ابتلي ببليتين القطع او القتل والقطع اهونهما لان الظاهر
انه يقتصر ولا يسري ولهذا ابيح قطع الطرف اذا وقعت
فيه الاكلة اذا خاف الهلاك على نفسه ٥ والثاني لو اكره
على قتل نفسه لا يباح له لانه لا يباح مباشرة قتل متيقن لقتل
متوهم فان قتل المكره متوهم ربما لا يقتله بل يريد تهديده
وتوعيده ٥ **والثالث** لو اكره على القاء نفسه في النار
او في الماء او من سطح ان كان يرجو الخلاص والنجاة من
ذلك يباح له والا فلا لانه ابتلي بشرين فيختار اهونهما
وان كان يعلم انه يهلك لا يباح له الا اذا كان يرى لنفسه

ادنى راحة ومنفعه من تاخير موته حتى يصلح بعض اموره وهذا
على قياس قول ابي حنيفه كما في السفينه اذا وقع فيها حريق
غالب بان اوقع العدو النفط فيها فان اقام فيها احرقته
النار وان القى نفسه في الماء غرق والان يرى لنفسه ادنى
راحة متى القى في الما فهذا يسعه ان يلقى نفسه في الماء
وعندهما لا يسعه وذكر ان الاحراق بالنار اشد من القتل
بالسيف لان الالم والاوجاع اكثر ه والرابع لو
اكرهه بالقتل بالسياط على قتل نفسه بالسيف يباح له
قتل نفسه بالسيف لان القتل بالسياط اشد من القتل بالسيف
وهو بما اتى يدفع زيادة ضرر عن نفسه وهذا على قياس قول
ابي حنيفه لما مر من نظيره ه **فصل** لو اكرهه
بقتل على ان يامر رجلا بقتل عبده عمدا اقتص القاتل به لان
الاذن بالقتل لم يصح مع الاكراه لانه قول يؤثر فيه عدم
الرضا ولانه يملك القتل بدون الاذن فيكون التلف محالا
الى القتل دون الاذن بخلاف المامور بالعتق لا يضمن لان
المامور لا يملك الاعتاق الا باذن فصار المعتق متلفا بسبب
الاذن فيصير التلف محالا الى الاذن ولو اكره المولى بحبس او

قيد

قيد يضمن قيمته استحسانا ويقتص القاتل قياسا لان الاكراه
بحبس يسلب الرضا ويبطل الاذن والاذن لا يصح من غير
رضا وصار كانه قتله بغير اذن وجه الاستحسان ان الاذن
وان فسد بالاكراه لفوات الرضا ولكن الفاسد معتبر
من وجه لانه قايم حقيقة غير معدوم فيكون قاتلا باذنه
من وجه وفعل المأذون كفعل الاذن فقيام الاذن
حقيقة اورث شبهة فلم يجب القصاص فاوجبنا الدية
صونا لدمه عن الهدر ولو اكره بقتل على بيع عبده وتسليمه
ثم اكره المشتري على قتله فقتله فللمولى ان يقتل المكره
قياسا لان المشتري مكره على القتل فصار قتله منقولا الى المكره
فصار كانه قتله ويضمن قيمته استحسانا لان العبد مملوك
للمشتري بدليل انه يملك اعتاقه وساير التصرفات فيه
وللبايع فيه حق ملك ايضا وهو حق الاسترداد وكان
للبايع تضمين المكره وانما تضمن ملك نفسه لا ملك
غيره فكان القصاص للبايع من وجه وللمشتري من وجه
وكان المستحق مجهولا فلا يكون لاحدهما حق استيفا القصاص
فلا يجب القصاص فاوجبنا القيمة على المكره في ماله

للبايع لان للبايع فيه حق الاسترداد وقد ابطل المشتري
هذا الحق عليه بالقتل بغير رضاه كما لو قتل المشتري المبيع بيعًا
فاسدًا ولو اكره بحبس او قيد على البيع والقبض ثم اكره
المشتري على قتله بقتل فقتله ضمن قيمته لمولاه ثم يقتل المكره
بالعبد قصاصًا لان المشتري طايع في القبض مكره في الشرا
لان الحبس يعتبر اكراهًا في حق الشرا ولا يعتبر اكراهًا
في حق القبض فقد ملك المشتري العبد بحكم عقد فاسد فصار
مضمونًا عليه بالقيمة وقتله صار منقولًا الى المكره فصار
المكره قاتلا عبده عمدًا فيجب القصاص ه ولو اكره
المشتري على الشرا بحبس والبايع بقتل ثم اكره المشتري على
قتله بقتل فقتله فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة
عبده لانه اتلف حقه بالاكراه على التسليم وان شا ضمن
المشتري لانه طايع في القبض فقد قبض مال غيره بغير اذنه
طايعًا فصار متلفا وللمشتري ان يقتص المكره بعبده لان
قتله صار منقولًا اليه والعبد تقرر على ملك المشتري
وقد قتله المكره بقتل المشتري فيجب القصاص ه

باب الاكراه على الوكالة ه

والمبسوط

المبسوط ه ولو اكره رجلا بقتل على ان يوكل رجلا
ببيع عبده من رجل غير مكره ففعل او دفع والوكيل ايضا
دفع فهلك العبد فللمولى ان يضمن اي الثلث شا لان
كل واحد منهم احدث سبب الضمان في حقه المكره بالدفع
لان دفع المولى صار منقولًا اليه والوكيل بالقبض لانه قبض
ماله وسلمه الى غيره بغير اذنه لان الاذن لم يصح لمكان
الاكراه والمشتري قبض ماله طايعًا لنفسه بغير اذنه فان
ضمن المكره رجع على ايهما شا لان المشتري ملك العبد بالضمان
من جهة المولى ولو كان العبد قايمًا في يده اخذه منه والوكيل
باع وسلم ملكه بغير اذنه لان بيع الوكيل لا ينفذ على المكره
لان امره بالبيع كان سابقا على ملكه والوكيل يرجع على المشتري
بما ضمن ولا يرجع على احد لان الوكيل ملك العبد بالضمان
من جهة المولى حتى لو كان قايمًا في يد المشتري اخذه منه لان
البيع لا ينفذ على الوكيل لان الامر بالبيع لم يصح لانه كان
قبل الملك وان كان هالكًا في يده ضمنه قيمته والمشتري لا
يرجع لانه ملك العبد بالضمان وقد هلك المضمون في يده
فصار كالغاصب الثالث اذا ضمن لا يرجع على احد وكذا

المشتري صح

هذا وكذلك لو اكره المولى بالقتل والوكيل والمشتري
بالحبس الا في فصل وهو انه متى ضمن المكره يرجع بما ضمن على
المشتري لا على الوكيل لان الاذن السابق بالبيع والتسليم ان لم
يصح فقد وجد منه اذن اخر بالتسليم الى المشتري بعد ما
ملكه المكره لان المكره يملك من حين دفع المولى العبد الى
الوكيل والمكره صار اذنا للوكيل بتسليم العبد بعد ما ملكه
فصح اذنه بالتسليم فلم يضمن الوكيل وفي الاول لم يوجد من
المكره اذن تسليم ملكه الى المشتري بعد ما ملكه فصار
مسلما ملك المكره الى المشتري بغير اذنه فضمن ولو كان
الاكراه بحبس لم يضمن المكره وضمانان لان المولى
طايع في الدفع الى الوكيل فلا يصير الدفع منقولا الى المكره
والوكيل والمشتري طايعين في القبض فلا يصير منقولا الى المكره
والوكيل دفع ماله الى المشتري بغير اذنه فصار غاصبا بالدفع
لا بقبضه لان المالك كان طايعا في التسليم اليه فكان قبضه
باذنه ولكن تسليمه الى المشتري بغير اذن المالك لان الاكراه
بالحبس يسلب الرضا فلم يصح الاذن بالتسليم والمشتري قبض
ماله لنفسه بغير اذنه فقد تعدى من كل واحد سبب

ضمان فيتخير المالك في تضمينهما ولو اكره المولى
والوكيل بقيد والمولى بقتل ضمن الوكيل لا غير لان فعل المشتري
انتقل الى المكره فلا يكون له تضمين المشتري والمولى لم يكن
مكرها من جهة المكره لان الحبس والقيد لا يعتبر اكراها في حق
الاتلاف فلا يكون تضمين المكره والوكيل طايع وقد قبض ماله
بغير اذنه فضمن ولو اكره المالك والمشتري بالقتل والوكيل
بالقيد فان شاء ضمن الوكيل ولا يرجع على احد وان شاء
ضمن المكره ولا يرجع على الوكيل لان المشتري كان مكرها
في القبض فصار قبضه منقولا الى المكره فصار متلفا والوكيل
كان طايعا في القبض والتسليم لان القيد لا يعتبر اكراها في
حق الاتلاف والطايع لا يرجع بما ضمن على احد والمكره
لا يرجع على الوكيل لانه انما سلم العبد الى المشتري بامر المكره
والامر قد صح لانه تحصل بعد الملك فان المكره يملك
من حين قبضه والاذن وجد بعد ذلك ولو اكره بالقتل
على ان يوكل رجلا بعتق عبده فوكله لم يضمن الوكيل وان كان
غير مكره ويضمن المكره لان التوكيل بالعتق تعليق العتق بقول
الوكيل فان معنى التوكيل بالعتق كان الموكل يقول للعبد ان

قال لك فلان انت حر وتعليق العتق مع الاكراه صحيح
وصار الوكيل معبرا عن الموكل فصار كان الموكل اعتقه
بنفسه والتلف حصل بسبب التوكيل لانه لولا توكيله لما
نفذ عتق الوكيل والتوكيل انتقل الى المكره فصار المكره متلفا
دون الوكيل ك ولو اكره رجلا على ان يبيع مال
المكره او يشتري له مالا من رجل فالرجل غير مكره جاز البيع
والشرا والعهدة على المكره دون العاقد لان شرط جواز
البيع رضا الموكل لا رضا الوكيل فان ضرر زوال الملك على الموكل
لا على الوكيل وقد وجد الرضا من الموكل بزوال ملكه فجاز
البيع والعهدة على المكره لان العهدة تسليم مبيع او انتقاد
ثمن وذلك يتادى بالمال والاكراه يمنع التزام المال فيمنع التزام
العهدة ايضا لعدم رضاه بالتزام العهدة والعهدة متى تباعدت
عن المامور كان على الامر كما في العبد والصبي المحجور الا ان
يتقاضى الثمن او المبيع فيكون ذلك منه رضا بالتزام العهدة فيلزمه

باب الجناية في الاكراه

المبسوط ك ولو اكره على ان يقتل رجلا او يكفر وسعه الكفر
دون القتل لان الكفر مرخص في حالة الضرورة وقتل المسلم غير
مرخص بحال ثم اذا ابتلي بين شرين يختار اهونهما ولو قتل
ولم يكفر قتل المكره قياسا لانه قتل نفسا محقون الدم
عمدا طايعا لانه كان يجد مخلصا عن ذلك بما يسعه وهو ان
يتكلم بالكفر وقلبه مطمئن بالايمان ويضمن الدية استحسانا
في ماله ثلاث سنين ان لم يكن عالما بان الكفر يسعه لانه
يشتبه عليه مما يشتبه مثله لانه حسب ان قتل المسلم يحل
لدفع الكفر لما فيه من اعلاء كلمة الله تعالى الا ترى ان الكفار
اذا تترسوا باطفال المسلمين يحل لهم الرمي اليهم بالنبل والمنجنيق
والنار فكان ظنه في موضع الاشتباه فاورث شبهة وان
علم ان الكفر يسعه لا يقتل لانه متى علم ان الكفر يسعه وقتله
قيل بانه يقتل واليه اشار محمد لما حصر بما اذا لم يعلم ان الكفر
يسعه لا يقتل لانه متى علم ان الكفر يسعه لم يشتبه عليه
ولم يوجد شبهة الاشتباه فلم يتمكن الشبهة في القتل فلم يعذر
كمن وطي جارية ابنه او جارية امراته وقال علمت انها علي
حرام يحد وان قال ظننت انها تحل لا يحد وقيل لا يقتل
لان الدليل المورث للشبهة قايم في الجانبين وهو ان حرمة
الكفر اعظم واغلظ من حرمة القتل لان اراقة الدم يجوز لاجل الكفر

تري ع

طوعه واختياره

وانما يجب الدية في ماله لانه فعل عمد صدر منه عن طوعه واختياره
لانه يجد مخلصا عن الاكراه ولو اكره على ان يقتل او ياكل
الميتة او يشرب الخمر فقتل قتل القاتل دون المكره لان شرب
الخمر واكل الميتة مباح حالة الاضطرار وهو صيانة نفسه عن
القتل فلا يباح حال صيانة نفسه ونفس غيره عن القتل اولى
فكان يجد مخلصا عن القتل واباحة الميتة حالة الضرورة امر
مشتهر فيما بين الناس بل ما يشتبه على احد فلم يعتبر جنايته وظنه عذرا
فكان طايعا في القتل وكان القتل عاريا عن الشبهة فيجب
القصاص فاما اباحة الكفر حالة الضرورة قد يشتبه على عامة
الناس ولم يشتهر فيما بينهم فاعتبر جنايته وظنه شبهة في درء
القصاص والاصل ان في كل موضع متى يثبت حقيقة الاباحة
باغلظ الاكراهين وهو المتلف فباخف الاكراهين وهو
الحبس والقيد يثبت له شبهة الاباحة لان الاكراه بالحبس يحقق
نوع ضرورة لكن هذه الضرورة متقاصرة وليست متكاملة
فاذا تحقق نوع ضرورة يثبت شبهة الاباحة فاختلت الجناية
ومتى لم يثبت باغلظ الاكراهين حقيقة الاباحة فباخفها لا يثبت
الشبهة لان الثابت باغلظ الاكراهين شبهة الاباحة فلو ثبتت

باخفها

باخفها لثبتت شبهة الشبهة لان الضرورة متقاصرة وشبهة
الشبهة لا عبرة بها في درء الحدود لان في اعتبارها انسداد باب
الحدود والقصاص ولو اكره بحبس على شرب الخمر لا يشرب
وان شرب لا يحد لان باغلظ الاكراهين يثبت حقيقة اباحة
الشرب حالة الضرورة فباخفها يثبت شبهة الاباحة والشبهة
كافية لدرء الحد ولو اكره بحبس على قتل او زنا او كفر
لا يفعل وان فعل لم يحد وبانت امراته في الكفر لان باغلظ
الاكراهين وهو القتل يثبت شبهة الاباحة لا حقيقة الاباحة
حتى لا يسعه ذلك وان فعله باشر فباخف الاكراهين يثبت
شبهة الشبهة وهي لا عبرة بها في درء الحد ولو كانت
المراة مكرهة على الزنا بحبس او قيد لا حد عليها لان المراة
لو اكرهت على الزنا باغلظ الاكراهين يثبت حقيقة الاباحة
فانه نص محمد في هذا الباب لو اكرهت المراة على ان تمكن
نفسها من الزنا بوعيد تلف لا يباح له ذلك لان الفاعل
في الزنا هو الرجل دون المراة لان الايلاج وجد منه لانها
لم يتحقق الزنا منها لكن فعلها وسيلة الى الزنا فيباح
في حقها فثبت شبهة الاباحة باخفها بخلاف الرجل لان باغلظ

فانه يسعها ان تمكن نفسها ولا ياثم بخلاف الرجل فانه لو اكره على الزنا بوعيد تلف ح

تمكينها حالة الضرورة ومتى ثبتت حقيقة الاباحة باغلظ الاكراهين ح

الاكراه لا يثبت حقيقة اباحة الزنا في حقه فباحقها لا يثبت
الشبهة و لو اكره بقتل على ان يقتل هذا الرجل او يزني بهذه
المراة لا يسعه واحد منهما لانهما استويا في الحرمة ولحوق
المأثم والى ايهما مال كان مكرها لانه لا يتخلص الا ان
يفعل احدهما فكان مضطرا في تحصيل احدهما و لو قيل له لتشربن
هذا الخمر او لنقتل ابنك او اباك لم يسعه شرب الخمر لانه
لا يخاف على نفسه وانما يخاف الهلاك على غيره بقتل ابنه او
ابيه ولا يباح له تناول المحرم لدفع الهلاك عن غيره لان الله
تعالى ما اباح شرب الخمر ولا تناول الميتة لاحد الا عند
خوف الهلاك على نفسه و لو قيل له لنقتلن اباك او ابنك
او لتبيعن هذا العبد فباعه فالبيع فاسد استحسانا لا قياسا
لانه ليس بمضطر الى البيع لانه لا يخاف الهلاك على نفسه
وانما يخاف على غيره وجه الاستحسان ان الانسان كما لا
يرضى بقتل نفسه لا يرضى بقتل ابيه او امه فلا يكون راضيا
بهذا البيع ؛ **فصل** و لو اكره بقتل على ان يعتق
عبده او يطلق امراته قبل الدخول ضمن المكره الاقل منهما
من قيمة العبد ونصف المهر لانه مضطر في الاقل منهما لانه يجد

مخلصا عن الاكراه بالاتيان بالاقل منهما غير مضطر في الزيادة
وان دخل بها لم يضمن شيئا لانه كان يمكنه ان يطلق ولا يعتق
فانه دون العتق لان بالاعتاق يتلف مالا متقوما وبالطلاق
يتلف ما ليس بمال متقوم وهو ملك النكاح فان المهر
قد تاكد عليه بالدخول السابق وانما اتلف المكره على الزوج
مجرد ملك النكاح وانه ليس بمال واتلاف ما ليس بمال
ادون من اتلاف ما هو مال فاذا مال الى اتلاف المال
وكان يجد من ذلك مخلصا بما هو دونه يجعل طائعا وصار كما لو
اكره بالقتل ليشربن هذه الخمر او ليعتقن عبده فاعتق عبده
كان طائعا في العتق و لو اكره بقتل على ان يقتل عبد
هذا الرجل او ياخذ مال رجل آخر وسعه اخذ المال
وان قتل العبد قتل به لان حرمة الاموال تسقط عند
الضرورة الماسة كما في حالة المخمصة فكان استهلاك
مال الغير ادون واهون من القتل فيختار ذلك فاذا اختار
القتل كان طائعا فيه لانه كان يجد مخلصا عن القتل بما لا اثم ولا
غرامة عليه بل قرار الضمان على المكره و لو اكره بقتل ان
يضرب عبد فلان مائة سوط او ياخذ ماله فضرب العبد

ومات ضمن عاقلته القاتل قيمته دون المكره لانه ضرب
عبده طايعًا فانه كان يجد مخلصا عن الضرب بما يسعه وهو اخذ
مال الغير ولو كان للمالك وسعه استهلاك استهلاك
ماله دون قتل عبده ويرجع به على المكره لان قتل العبد
لا يباح عند الضرورة ويباح استهلاك مال غيره او مال
نفسه عند الضرورة فكان يجد مخلصا عن القتل بما يسعه فكان
طايعًا في القتل واستهلاك ماله صار منقولا الى المكره
لانه مكره فيه ولو قال استهلك مال فلان والا قتل
اباك فاستهلك مالك عليه ضمانه ولا باثم ان لم يستهلك حتى قتل
اباه ان شاء الله الا ان يكون المال يسيرًا فلا احب له ان لا
يستهلك لان استهلاك مال غيره يباح بغير اذنه متى خاف
على نفسه او على غيره الا ترى لو اصابته المخمصة اباه مع رفيقه
طعام كان له ان ياخذ الطعام من رفيقه بغير اذنه ويدفعه
الى ابيه حتى يحي به ثم يغرم لصاحب المال مثله ولم يكن مكرهًا
على استهلاك المال بوعيد تلف فانه يخاف على غيره لا على نفسه
فاقتصر فعله عليه ولو اكره على ان ياكل طعام نفسه او يلبس
ثوبه فلا ضمان على المكره لان منفعه ذلك حصلت له فكان اتلافًا

بعوض

بعوض فالوا هذا اذا كان الرجل جايعًا فان كان شبعانا يضمن
المكره الطعام لانه لم يحصل للمكره منفعه فكان اتلافا بغير عوض

باب الاكراه على الحلف

المبسوط ك ولو اكره على ان يحلف بعتق كل مملوك يملكه
فحلف ثم ملك ببيع او هبة عتق ولا يضمن المكره شيئا ولو ورث
ضمن المكره قيمته استحسانا لان اليمين مع الاكراه صحيحه والمكره
صار راضيا بانعقاد هذه اليمين حيث يملك العبد طوعا واختيارا
لانه لو لم يكن راضيا بعتقه باليمين لما اقدم على تملكه لانه امكنه
دفع العتق بالامتناع عن تملكه فاذا لم يفعل انقلبت اليمين
طايعه فلم يصر المكره متلفا وفي الارث لم يصر راضيا
بتلك اليمين لانه لا يمكنه دفع العتق لانه يدخل في ملكه بلا صنعه
واختياره فعتق اليمين بيمين منعقده عن كره فصار المكره متلفا
ولو اكرهه حتى يقول لعبده ان شئت فانت حر او لامراته
ان شئت فانت طالق فشا العبد والمراة عتق وطلقت وضمن
المكره قيمته ونصف المهر لانه لم يوجد من المولى الرضا
بتلك اليمين لانه ليس في وسعه واختياره منع غيره عن المشية
وعن ايجاد الشرط وفي العبد لا يمكنه دفع هذا الاكراه ببيعه

من غيره لانه ربما لا يجد من يشتريه عنده في ذلك المجلس حتى يبيعه
منه او لا يمكنه الا بضرر يلحقه فان ازالة العين عن ملكه لا
بمثل قيمته ضرر به وكذلك لو اكرهه ان يقول ما لا بد منه
نحو قوله ان صليت او اكلت او شربت فانت حر ففعل ضمن
المكره قيمته لانه لم يصر راضيا بتلك اليمين لكونه مضطرا في هذه
الافعال لانه يخاف على نفسه بتركها ولو كان له منه بد كدخول
دار فلان او شرب شراب كذا او اكل طعام كذا او ان تقاضيت
دينى على فلان ففعل لم يضمن المكره لانه يسر في ترك هذه
الافعال خوف اتلاف النفس ولا تلف مال بل فيه تعميم
وتخيير وذلك لا يكون اكراها فلم يصر المكره متلفا كرجل
قال ان ملكت فلانا فهو حر فاكره على شرائه وقبضه باكثر
من قيمته عتق وضمن قيمته ولم يرجع بها على المكره لان المشترى
صار معتقا باليمين السابقة المنعقدة عن طوع واختيار والاكراه
ورد على شرط العتق وهو الشرى لا على اليمين لان علة العتق هي
اليمين والشرى شرطه والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط
فصار معتقا باليمين السابقة الصادرة عن طوع ورضا فلم يضاف
مقتصرا عليه فصار هو المتلف دون المكره والشرى وقع فاسدا لا

لانعدام

لانعدام الرضا من المشترى فقد ملكه بحكم عقد فاسد فضمن
قيمته دون الثمن وكذلك لو اكره على شرى ذى رحم محرم لم
يضمن المكره لان شرى القريب اعتاق بعوض لانه وصل
اليه بدل الرقبة معنى وهو مجازاة القريب وتحقيق المواصلة
بتخليصه عن ذل الرق والعبودية ومنفعة مجازاة القريب
فوق منفعة المال كملك النكاح منفعة فوق منفعة المال
فيقوم مقام المال فقد ازال المكره ملكه بعوض يعدله
او يفوقه فلا يصير متلفا ولو اكره على ان يجعل امر امرأته بيد رجل
في طلاقها ولم يدخل بها او يعتق عبده فاعتق وطلق الذى
جعل الامر في يده ضمن المكره نصف المهر للزوج وقيمة
العبد لمولاه استحسانا لا قياسا لان الاكراه وقع على تمليك
الطلاق والعتاق لا عليهما لان الامر باليد تمليك لا ايقاع
فيرى ايقاع الطلاق والعتاق عن اكراه فلم يصر المكره متلفا
كما لو شهدا على انه جعل امر امرأته في الطلاق الى فلان ثم
رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان ان المكره قصد بالاكراه
الاضرار بها فالظاهر انه يكرهه على تمليك الطلاق والعتاق
من انسان يعرف انه يعتق ويطلق عقيب التمليك ولو لم يفعل

فالظاهر انه يكرهه عليه بيضر الذي الامر بيده مكرهًا
مضطرًا من جهة المكره دلالة بخلاف الشهادة لان الشاهد
لا يصير حاملًا وملجئًا العوض اليه على الطلاق فلا يصير متلفًا
ولو اكره على الايلاء قبل الدخول فبانت منه بمضي المدة لم يضمن
المكره للزوج شيئًا لانه يمكنه ان يقربها في المدة حتى لا تبين
ولا يزول عن ملكه شي بالوطي في الحال فلما لم يطاها
صار .... راضيًا بوقوع الفرقة وكذلك لو اكرهه على ان يقول
ان قربتها فعبدي حر فان قربها وعتق لم يضمن المكره
لانه يمكنه دفع هذا الاكراه بان يبيع هذا العبد ثم يقربها حتى
لا يعتق فاذا امكنه الدفع ولم يدفع اعتبر طايعًا ولان العبد
انما عتق بالقربان وهو كان مكرهًا على ترك القربان
لا على القربان .... لان اليمين عقدت للمنع عن القربان لا عليه ولو كان مدبرًا او كانت
ام ولد له حلف بعتقها فقربت المراه عتق ولم يضمن المكره
شيا لانه طايع في القربان مكره على تركه فان لم يقربها
حتى مضت المدة ولم يدخل بها ضمن نصف المهر رجع على
المكره بالاقل منه ومن قيمة من حلف بعتقه استحسانًا لا قياسًا
لانه لا يمكنه ان يقربها في المدة حتى يحصل له عوض بالعدم

من المهر وهو منافع البضع فاذا لم يفعل جعل طايعًا كما لو كان
المعلق بالقربان عتق مملوك يجوز بيعه وجه الاستحسان
انه لا يمكنه تحصيل العوض بالقربان في المدة الا بعتق يلزمه
لانه لا يمكنه بيع المدبر وام الولد حتى يبيعها ثم يقربها فلا
يعتق ولم يوجد منه الرضا بالعتق ولا بوقوع الفرقة لانه
لا بد من ان يقع عليه احدهما بسبب اكراهه وقد امكنه
ان يقربها فيعتق المدبر فلا يلزمه الزيادة على قيمة المدبر
فاذا لم يقرب فقد التزم الزيادة على قيمته طايعًا فلا يرجع
بالزيادة على قيمته وان كانت قيمة المدبر اكثر فقد امكنه
ان لا يقربها حتى لا يلزمه الزيادة على نصف المهر فاذا
قرب فقد التزم الزيادة طايعًا فلا يرجع بها ه

باب الاكراه على النذور والايمان والكفارات

المبسوط ه ولو اكره ليوجب على
نفسه شيئًا بالنذر فهو كالطلاق لقول عمر رضي الله عنه
اربع مقفلات مبهمات ليس فيهن ردد الطلاق والنكاح
والعتاق والنذر ولان النذر تصرف لا يوثر فيه الهزل
فلا يوثر فيه الاكراه لما بينا ومن وجب عليه شي بالنذر

ادا مثله او دونه لم يضمن المكره لانه اكرهه على ادا ما هو واجب عليه وان اكرهه على ادا ما هو افضل من الواجب قيمة كما لو اوجب هديا فاكرهه على ج

والهدى او زكاة او صدقة فطر او اضحيته فاكرهه على ان ينحر بدنة او وجب عليه بنت مخاض وسط فاكرهه على ان
بنت مخاض جيدة ضمن الفضل وجاز عنه لان فضل ج
يودي ما بين القيمتين لم يكن واجبا عليه ولا يجوز لانه
امكن اسقاط ما في ذمته ببعض ما اداه فيسقط فاذا
سقط الواجب لا يضمن المكره ذلك القدر ولو اكره
على ان يعتق عبدا بعينه عن ظهارة او كفارة يمينه ضمن المكره
ولم يجز عن الكفارة لان اعتاق هذا العبد لم يكن واجبا
عليه بالتكفير بل الواجب عليه تحرير رقبة مطلقة وهو
لم يرض بعتق هذا العبد عن كفارته فيصير المكره معتقا
متلفا ومتى وجب قيمته على المكره لا يجزيه عن الكفارة
لان العتق وقع بعوض الا ان يقول اعتقت بغير اكراه
واردت الكفارة عن الظهار او اليمين اجزاه ولا شي على المكره
لانه عدل عن الاكراه فصار طايعا في الاعتاق وصار كالمكره
على الشرا والقبض اذا قال قبضته ليكون سالما الى بحكم البيع
يكون طايعا فكذا هذا ولو اكره بقيد او حبس اجزاه
عنه ولا ضمان له لان الاكراه بالحبس لم يعتبر اكراها في حق
العتق لانه اتلاف فصار معتقا طايعا ولو اكره على ان يتصدق

عن

عن يمينه بحبس يرجع على الاخذ دون المكره لان الصدقة
تصرف لا يصح من غير رضا والحبس يسلب الرضا فلم يضمن المكره — لانه لم يصر
متلفا لانه لا يعتبر اكراها في حق الاتلاف وان اراد
ان يكفر به ولا يسترده جاز ان كان قايما والا فلا ويضمن
الاخذ لانه متى كان قايما فالاجازة لانه عقدا موقوفا
بعض
نصحت ومتى كان هالكا فالاجازة لانه نفسوخا فلغت والقا — عقدا
اخذ ماله بغير اذنه فيضمن اذا اهلك في يده ولو اكره
محرم على قتل صيد فالكفارة على القاتل استحسانا لا قياسا
لان الفعل صار منقولا الى المكره فصار المكره قاتلا
وجه الاستحسان ان المكره ان لم يتوقف فانه لا يتعدا الا على قتل
الصيد والدلالة كافية لايجاب الكفارة وذلك لان القتل
صار منقولا الى المكره من حيث انه اتلاف ومن حيث انه
جناية على احرامه بقي مقصورا عليه لانه لا يصلح آلة للمكره
في الجناية على احرامه لان الاحرام يثبت بالكلام وفي الكلام
لا يصلح آلة له لانه لا يمكنه ان يتكلم بلسان غيره وصار
كالاكراه على العتق ولو كانا محرمين فعلى كل واحد كفارة
على احدهما بالقتل وعلى الاخر بالدلالة على القتل لانه في

معنى الدلالة بل هو اشد من الدلالة ولو كان الاكراه بحبس
كان على القاتل لان المكره لم يصر قاتلاً لان فعل المكره
لم ينتقل اليه بل بقي مقصوراً على المكره ٥ والله اعلم

كتاب الوصايا

يحتاج الى معرفة مشروعية الوصية وصفتها وتفسيرها
وركنها وشرط جوازها وحكمها ٥ **اما** مشروعيتها
فلقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وروى محمد
عن ابي حنيفة رحمهما الله عن عطا بن السايب عن ابيه عن سعد بن
ابي وقاص رضي الله عنه انه قال يا رسول الله اوصي
بمالي كله قال لا قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه قال
الثلث والثلث كثير انك ان تدع عيالك اغنيا خير من ان
تدعهم عالة فقرا يتكففون الناس اي يبدون اكفهم
للناس عند السلة يقال تكفف اذا ابدا كفه للمسئلة
وقيل اراد به ان يسالون الكفاية من الناس ولا يبدون
كفهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم
بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم ولانا
جوزناه بخلاف القياس لحاجة الناس لان الانسان قد يفرط

الوصية

في جنايته في امور اخرته ويتقاعد عن ابواب البر والخيرات
او اغتر اغترارا باملة واطمينانا على حياته فاذا افرط بحالة المرض (مرض)
حالة الانابة الى الله تعالى لانه اقبال على الاخرة وادبار
عن الدنيا فيحتاج ان يتدارك لبعض ما فرط حالة الصحة
على وجه لا يزول ملكه للحال رجاء ان يبرا من المرض فيبقى
على ملكه فجوزنا الوصية دفعاً للحاجة ٥ **واما** صفتها
فالوصية قربة مندوبة وحسنة مستحبة بنصوص مشهورة
والوصية للوالدين والاقربين منسوخة بحديث مشهور مستفيض
وهو قوله عليه السلام لا وصية لوارث وهذا خبر
مشهور مستفيض تلقته العلما (الامة) بالقبول كضوء الشمس
حتى لو كاد يقرب من المتواتر كخبر المسح على الخفين واما
تفسيرها لغة فالوصية لغة مشتقة من الايصا والايصا
طلب شي من غيره ليفعله حال غيبته فانه يقال في المثل
ارسل حكيما ولا توصه اي لا توصه لما تحتاج ان ياتي به
حال غيبة المرسل وفي متعارف الشرع طلب الشي من غيره
ليفعله بعد موته مما يحتاج اليه الموصي في اخرته **واما**
ركنها فقوله اوصيت بكذا لفلان واوصيت الى فلان

لان الوصية تقوم بالايجاب وحده بدون قبول الموصى له
لانه لاتمليك بعد بدله كالهبه **واما** شرط جوازها
فكون الموصى به مالا قابلا للتمليك من الغير وان كان معدوما
للحال حتى لو اوصى بما يثمر نخله العام جاز لانه ما يقبل
التمليك ولو اوصى بما تلد اغنامه لايجوز لانه لايقبل
التمليك لما يأتي وان يكون الموصي اهلا للتمليك والموصى له
اهلا للتملك **واما** حكمها وهو ان يملك الموصى له
الموصى به ملكا جديدا كما يملك بالهبه تبرعا واصطناعا
كالهبة ويقوم مقام الموصي فيما اوصى به كالوارث لان
الوصيه استخلاف الموصي له واقامته مقام نفسه
عند استغنائه بعد الموت ٥

باب ما يقع به الوصيه وما لا يقع

٥ المبسوط ٥ الوصيه
بالثلث جايزه وبما زاد على الثلث لايجوز الا باجازة الورثه
لحديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه على ما روينا
فالنبي صلى الله عليه وسلم نفى الوصية بما زاد على الثلث
مطلقا والمراد بالنفي الجواز لا نفي الحقيقه لئلا يلزم الخلف
في خبر اذ الحقيقه لا تنتفي بل ينتفي الجواز ٥ ولو قال في

نفي م

مرضه

مرضه ثلثي او سدسي لفلان جازت وصيته استحسانا وله ثلث
ماله او سدسه لان العادة جرت فيما بين الناس لان الانسان
متى ذكر هذا الكلام في مرضه يريد به ثلث التركه بطريق
الوصيه لا بطريق الهبة فيثبت الوصيه بدلالة الحال لان
حالة المرض حالة الوصيه وبدلالة انه لو يوجد التسليم
عقيب الكلام والهبة لا تصح الا بالتسليم ٥ ولو قال في وصيته
سدس داري لفلان كان وصية ولو قال سدس في داري لفلان
كان اقرارا لا وصيه لان الاول ذكر بصيغه التمليك
لان الاضافة بلام التمليك يقتضي ان يكون المضاف ملكا
للمضاف اليه كما يقال دار زيد او لزيد والتمليك متى ذكر
في ذكر الوصيه يكون وصيه وفي الثاني ذكره بخلاف الظرف
لا بلفظه التمليك والظرف يقتضي كون المظروف فيه ولا يقتضي
كون المظروف لصاحب الظرف كما يقال لفلان ثوب في داري
وحنطة في جوالقي فلم يكن ذلك منه تمليكا بل يكون اقرارا بالملك
لفلان ولو قال له الف درهم في مالي كان اقرارا ولو قال
من مالي كان وصيه ان كان في ذكر وصيه لما بينا ٥
المنتقى ولو قال اوصيت بان له الفا في مالي فهو

يثبت الوصيه بدلالة الحال

فهو اقرار ولو قال اوصيت له الفا في مالي فهو وصية لان
الوصية [له] انما تستعمل بحرف اللام لا بحرف الباء فكان اقرارا والثاني
ذكره بحرف اللام فكان وصية ف مريض قال جعلت لفلان
كذا وكذا من مالي فهو على الوصيه لان جعل المال له بدون
التسليم اليه لا يكون الا بطريق الوصيه ف رجل قال ان
مت في سفري هذا فلفلان على الف درهم دين فانها وصيته
من ثلثه لانه اضاف ايجاب الالف الى ما بعد الموت وذلك
لا يكون الا بطريق الوصيه ف قال محمد رجل قال انظروا
كل ما يجوز لي ان اوصي فاعطوه فلانا لا امر الى الورثه لان له ان
يوصي بالثلث وباكثر وكلمة ما يخالف كلمة كل لان كلمة كل
تفيد جمع كل ما يجوز له الوصيه وامر باعطائه فيتناول
جميع الثلث وكلمة ما لا يقتضي الجمع فيكون وصيه بجنس ما يجوز
له الوصيه به فيتناول اي شي يجوز الوصيه به فكان
للورثه تعيينه ف الفتاوى لو قال ادفعوا هذه
الدراهم او هذه الثياب الى فلان ولم يقل هي له او هي وصيه
له فهو باطل لان هذا ليس بوصيه ولا اقرار ولو قال
للورثه هو ابني مائه درهم لا يجب شي ولو قال احسنوا اليه

(هامش: والاقرار يذكر بحرف الباء والاول ذكره بحرف الباء)
(هامش: هذا على الثلث ولو قال ما يجوز لي ان اوصي فاعطوه)
(هامش: للجمع ...)

من مال

من مالي يصح الوصيه لان في هذه اللفظة معنى القربه فان
الاحسان ينبي عن القربه لقوله تعالى ان الله لا يضيع اجر
المحسنين ولفظه الهبه لا ينبي عن القربه لانه يجوز الهبة
للاغنياء والفقرا ولو قال اخرجوا الفا من مالي ولم يرد
عليه ان قال ذلك في ذكر الوصية جاز ويصرف
الى الفقراء لانه اراد به الوصيه بدلالة الحال ف مريض قيل
له اوصي بشي فقال ثلث مالي ولم يرد عليه [قيل] ان كان هذا على
اثر السوال يخرج ثلث ماله ويصرف الى الفقرا وقيل
يصرف الى الفقرا بلا تفصيل لان ذكر الثلث بعد سابقه
ذكر الوصيه يدل على ارادة الوصيه بالخبر ف ولو قال
اوصي ان تعطي الناس الف درهم فالوصيه باطلة ولو قال
تصدقوا الف درهم فهو جايز ويعطي الفقرا لان لفظة
الصدقه تنبي عن القربه فيكون وصيه للفقرا ولفظة
الاعطا لا فلا تكون وصية للفقرا بل يكون وصيه لكافه
الناس فلا يصح ف رجل له على اخر دين فقال الطالب اذا مت
فانت بري من ذلك الدين قال يجوز ويكون وصيه من الطالب
للمطلوب له لانه اضاف الابرا الى ما بعد الموت والابرا تمليك

مزوجه فامكن بصحه وصيه واذا يستعمل للوقت بيكون
اضافه الابرا الى وقت الموت فيكون وصيه معنى ك

باب من تجوز وصيته ومن لا تجوز

المبسوط ك ولا تجوز وصية الصبي والمجنون وان قال
ان ادركت وعقلت ثم مت وقال الشافعي وصية الصبي المراهق
جايزة والصحيح قولنا لان الوصيه تبرع محض لانه لا يقابله
عوض ماليه ونفع دنياوية والثواب العقباويه كما يحصل
له بالوصيه يحصل بترك ماله للورثه لانه بمنزله الصلة
والصدقه للورثه والورثه قايم مقامه حاجتهم بالمال
كقيام حاجته فصار كالهبة والصدقه المنفذه والعتق المنفذ
في مرض غير جايز وان استغنى عن ماله بموته فكذا هذا ولو قال
العبد ان عتقت ثم مت فهو وصية صحت منه الوصيه لانه
اضاف الوصيه الى محل قابل للتبرع والى حال زوال حق
المولى وهو ما بعد العتق وهو من اهل العبادة وعبارته صحيحه
فانعقدت وصيته صحيحة لانها نافعه له غير مضر بالمولى
بخلاف الصبي لان عبارته غير صحيحة في حق التبرعات المحضه
فصل ولو قال ثلث مالي لفلان ولبني تميم فالثلث

كله لفلان ولو قال لفلان ولرجل من المسلمين فلفلان نصفه
ولو قال لفلان ولتسعه من المسلمين كان لفلان عشره وتسعه
اعشاره وتسعه اعشاره باطلة والفرق ان بني تميم قوم لا يحصون
فتعذر اثبات الوصيه لهم فلغت الاضافه اليهم وبقيت الوصيه
بثلث ماله لفلان لا غير فاما رجل او تسعه من المسلمين وان
كان مجهولا ذاتا ولكن امكن اعتبار القسمه فيه فيكون لفلان
النصف او العشر وما اصاب المجهول (ولما اضاف الى المجهول) بطل للجهالة ولو اوصى
بثلث ماله لفلان او لفلان قال ابو حنيفه وزفر الوصيه
باطلة لان هذه وصيه للمجهول فلم يصح كما لو اوصى لرجل من
المسلمين (الناس) وعن ابي يوسف هو بينهما نصفان لانه صح ايجاب
الوصيه لاحدهما وليس احدهما باولى من الاخر فينصف
بينهما وروى هشام عن محمد قال هنا الى الوارث يعطي ايهما
شا وليس الى الوصي لان جهالة الموصى له تزول بتعيين وصيته
لا ابطالها ك رجل اوصى لرجل بماله ولاخر بمائتين ثم قال
لرجل ثالث اشركتك في وصية احدهما فذلك الى الورثه يشركونه
في وصيه ايهما شاو لانه امكن دفع الجهالة بتعيين الورثه
ولهم ولايه التعيين لانهم يقومون مقام المورث في التركه ك رجل

(الوارث فكان التعيين اليه لان التركه حقه والموصى فقد تصحح)

له عبدان فاوصى بارفعهما لرجل وبادونهما لاخر ثم مات
الموصى ثم مات احد العبدين ولا يدرى ايهما هو قال ابو
حنيفه وزفر الوصيه باطلة اجمعا على احد الباقى او لم يجمعا
لجهالة الموصى به وقال ابو يوسف ان اجمعا على احد الباقى
فهو بينهما نصفان وان لم يجمعا على احد فلا شى لهما وفى روايه
عنه هو بينهما نصفان ك رجل مات وترك ابنا فاقر الابن ان اباه
اوصى لهذا بالثلث ثم قال لا بل الاخر به قال ابو يوسف
هو للاول ولا شى للاخر وهو قول ابى حنيفه الا ان يكون دفع الثلث
الى الاول بغير قضا فيضمن للثانى مثله اخر لان قوله لا بل
لاستدراك الغلط والرجوع عن الاول واقامة الثانى
مقام الاول وبالاقرار للاول صحت الوصيه ولزمت
للاول فلا يصح الرجوع عنها فى حق الاول وصح اقراره
للثانى فاذا دفع الى الاول بغير قضا فقد استهلك الثلث
فى حق الثانى فضمن له وروى عن ابى يوسف انه رجع عن
هذا وقال يضمن دفع بقضا او بغير قضا او لم يدفع لانه صار
متلفا للثلث فى حق الثانى بالرجوع ك مريض حضره الموت
فقال لرجل على الف درهم لابو تقدم ادا الدين لان فى الاول

لهذا

الموص

الموصى له مجهول جهالة لا يمكن استدراكها وفى الثانى
مجهول جهالة يمكن استدراكها بالفحص عنه ك هشام عن محمد
لو قال اوصيت باحد هذين العبدين لزيد ومات قبل البيان
فالبيان الى الورثه ولو اختلفوا فى دفع ايهما يوقف حتى يجمعوا
على دفع احدهما يوقف وان كان صغارا حتى يبلغوا لانه انقطع
البيان من الموصى فيرجع فى البيان الى من يقوم مقامه فى الملك
كما فى العتق المبهم وقال فى الاملا فايهم يسبق فى البيان
فالوصيه تنصرف اليه ولا قول للباقين وان كانوا صغارا
فالى الوصى يدفع اقلهما قيمة وان دفع اكثرهما قيمة جاز
وان لم يكن وصى فالقاضى يدفع ايهما شاء وكذلك لو اوصى
لاحد هذين الرجلين بهذا العبد فعلى ما بين الروايتين لان
الواحد من الورثه ينتصب خصما عن الباقين فالميت وفيما
عليه وسفد الوصيه حق مستحق للموصى فيجوز تنفيذها من احد
الورثه فكذلك فى تعيين الموصى به والموصى له ك وفى وقف
هلال البصرى لو اوصى لرجلين بثلث ماله ثم قال الموصى
قد رجعت عن وصيه احدهما ومات ولم يبين فلا خيار للورثه
ويكون الثلث بينهما نصفان لان ايجاب الوصيه لهما قد صح

والرجوع عن وصيه احدهما لم يصح للجهالة فبقيت الوصيه
لهما كما كانت وفي روايه عن ابي يوسف ومحمد يخير الورثه
في ذلك فيعطون من شاؤا لان الرجوع عن وصيه احدهما قد
صح لان الجهالة لا تمنع صحة الرجوع لانه ابطال واسقاط
والاسقاط يصح مع الجهالة كما في الطلاق والعتاق والا ان
المرجوع عنه مجهول وقد فات البيان من الموصي فقامت
الورثه مقامه في البيان كما في العتق المبهم وفي وقف هلال
الرازي اذا قال اوصيت لهذا بالف درهم واوصيت
لفلان بالف ثم قال رجعت عن احدى الوصيتين ومات
ولم يبين فلكل واحد منهما نصف وصيته لان احدهما بالرجوع
عن وصيته ليس باولى من الاخر فبطلت احدى الوصيتين
عليهما ونفذت الاخرى عليهما ٥

باب الوصيه للمملوك والدواب فلان

النفقة قال
ابو حنيفه ومحمد رحمهما الله تعالى رجل اوصى لمملوك رجل
ان ينفق عليه كل شهر عشرة دراهم فهو جايز ولا تبطل الوصيه
بالبيع والعتق لان الوصيه بالانفاق على العبد تكون وصيه
لمولاه في حالة الرق لان العبد لا ملك له وتكون وصيه للعبد

بعد العتق لانه يثبت له اهليه الملك فان صالح مولاه عن
ذلك واجاز العبد فهو جايز وان عتق قبل ان يحضر ثم
اجاز بعد العتق فاجازته باطلة لان صلح المولى انما يصح في
حق نفسه لان حقه في الحال ثابت وانما يعتبر اجازة العبد
لان الحق يؤول اليه بعد العتق لانه ابتدا الحق يثبت
له بعد العتق بلا فصل قال ابو يوسف لو اوصى لعبد
رجل بالف فباعه مولاه ثم قبل العبد الوصيه فالوصيه
للمولى الثاني وكذلك لو باعه ثم مات المولى ثم قبل
الوصيه لان القبول وقع في ملكه وهذا بمنزلة امة تزوجت
بغير اذن المولى ثم اعتقها فالمهر له ان وقع الدخول
بعد العتق وللمولى ان وقع قبله وقال محمد الوصيه للذى
يكون مولى العبد يوم مات الموصي لان القبول انما يعتبر
بعد موت الموصي لان الوصيه تنفذ بعد موته ٥ رجل
قال لعبده اذا مات فلان فانت حر وقال فلان قد
اوصيت بثلث مالي لعبد فلان فذلك جايز واذا مات
فلان فالعبد حر والثلث له وهو بمنزلة رجل اوصى لمدبره
بثلث ماله لان العتق والوصيه يقعان معا فيجوز ٥ ولو

اوصى لفرس فلان ينفق عليه كل شهر عشره دراهم فهو جايز
فان نفق الفرس او باعه بطلت الوصيه لان هذه وصية
لصاحب الفرس من كل وجه اذ الفرس مملوك وليس له حاله
مالكيه ابدا وقد بطلت جهة صرف الوصيه فبطلت
بخلاف العبد فان له حاله مالكيه وهو ما بعد العتق ك

باب ما يجوز به الوصيه وما لا يجوز

المبسوط ك فيه فصلان احدهما في الوصيه بالمال
المعين والثاني في الوصيه بالمال المبهم **فصل**
الوصيه باعيان الاموال جايزه سوا كان الموصى به
موجودًا او معينًا او جزءًا شايعًا كما لو اوصى بثلث ماله
او ربعه وله مال موجود او لا مال له او اوصى بمال
معدوم بان اوصى بما يثمر نخيله او بما يخرج من بستانه فالوصيه
في [من] الثلث جايزه ويعتبر ماله وقت موت الموصى هلك ما كان
او استفاد مالا اخر الا ان الوصيه ايجاب الملك عنده
استغناه بعد الموت كالوارث يعتبر محل التمليك عنده
الموت حتى لو اوصى بثلث ماله وله ثلثه الاف درهم ثم
مات وله الف يصح الوصيه من ثلث الالف ك ولو اوصى

الموت لان الوصية استخلاف الموصى له واقامته مقام نفسه عنده

له بعبد فلان ثم ملكه ثم مات جازت وصيته لان تعلق
الوصيه بالملك جايز كما لو قال لعبد ان ملكتك
فهو وصيته لفلان جازت لانها تعلق الملك بالموت
فصار كما لو قال لعبده ان اشتريتك فانت حر فاشتراه
عتق ك ولو اوصى لرجل بالف من مال رجل او بعبد له [لعبد]
فاجاز بعد موته جاز وله ان يرجع ما لم يدفع اليه لان
وصيه الموصى وتبرعه يوقف على اجازة صاحب المال
فاذا اجاز فكانه تبرع والتبرع لا يفيد الملك قبل التسليم
فله ان يمنع الوصيه و لا تبطل بموت الموصى ك ولو اوصى
بصوف غنمه واولادها والبانها وسمنها لم يجز الا ما على
ظهرها او في ضرعها او في بطونها يوم مات فرق بين هذا
وبين الوصيه بالغلة يجوز والفرق ان الوصيه عقد تمليك
وكل ما يجوز تمليكه بعقد من العقود يجوز تمليكه بالوصيه
وما لا فلا لانه اسرع جوازًا واوسع نفاذًا من سايد
العقود لانها تجوز مع كونها تمليكا مضافًا الى ما بعد
الموت ويصح تعليقها ويصح تعلقها بالخطر والغلة والثمار
التي تستحدث يجوز تمليكها بعقد من العقود وهو الخلع

والنكاح عليه وبالزراعة والمعاملة فكذلك بالوصية
واللبن المضروع والولد المضروف والصوف القائم على
ظهور الغنم يجوز تمليكها بالخلع والصلح عليه وبالنكاح
فكذلك بالوصية فاما المعدوم من هذه الاشيا لا يجوز
تمليكه بعقد من العقود فكذلك بالوصية **فصل**
ولو اوصى بثلث غنمه ولا غنم له فالوصية باطلة ولو كان
في ملكه غنم يوم الوصية ثم هلكت غنمه بطلت الوصية
لان الوصية بالعين تعلقت بها فتبقى ببقائها وتبطل بهلاكها
ولو اوصى بشاة من ماله لم يبطل ويعطيه شاة وسطا او
قيمتها لان هذه وصية بقدر قيمة شاة من ماله لان الشاة
لا توجد في جميع ماله وانما يوجد فيه قدر قيمة الشاة
فعلم انه اراد بذلك قدر قيمة الشاة لا عينها وهذا كقوله
عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة معناه اي فيها
قدر قيمة الشاة فكانت هذه وصية بقدر قيمة شاة
شايعة في جميع ماله وماله يعتبر عند الموت ولو اوصى
له بدابة او ثوب من ماله فللوارث ان يعطي اي دابة
واي ثوب شا لانه ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى

ثم

ثم ما اوجب الله تعالى من جنس واحد يجب الوسط كالزكاة
وما اوجب من اجناس مختلفة كالكفارة يتخير المكفر بين الاعلى
والاوسط والادون فكذلك في ايجاب العبد ان اوجب
الوصية من جنس واحد يتعين الوسط وان اوجب من اجناس
مختلفة يتخير الوارث ولو اوصى بثلث غنمه فهلك ثلثا
غنمه والباقي يخرج من ثلثه جاز وكذلك المكيل والموزون
وقال زفر له ثلث ما بقي قياسا لان الموصى لما مات
صارت الغنم مشتركا بين الموصى له وبين الورثة والمال
المشترك متى هلك منه شي يهلك على الشركة وما بقي
يبقى على الشركة **لنا** ان حق الموصى له تقدم على حق
الورثة فما لم يفضل عن حقه الورثة لان حقهم متاخر كما
لو كان في التركة دين فهلك بعضها او هلك يصرف الهلاك
الى حق الورثة والموصى له لانه متقدم على الكفن قضا
فكذا هذا ولو اوصى له بثلث من الرقيق او بثلث من الدواب
مختلفة الجنس او بثلث من الدور فاستحق اثنان او
هلك والباقي يخرج من الثلث فله ثلث الباقي لا غير
لان هذه الاشيا ما لا تقسم ولا تجمع نصيب واحد من الشركا

فيصرف الهلاك الى حق الورثة

لا يملكه

في البعض حال بقا بهما فنعذر صرف الهلاك الى البعض حق القابض الى حق الاخر الا بعد اعتبار جميع حق كل واحد منهم في البعض وهذا متعذر فصرفناه الى الكل فما هلك يهلك على الكل وما بقي بقي للكل وهذا يستقيم على قول ابي حنيفه وعندهما يقسم ويجعل نصيب كل واحد في واحد فيعطي للموصى له الباقي كله اذا كان يخرج من الثلث كما في الغنم ك المنتقى لو قال اوصيت بافضل هذه الاثواب وكلهن سوا لم يوص بشي ولو قال افضلهن لفلان فهذا اقرار منه ويعطيه الورثه واحدا من الثلث لان جهالة الموصى له تمنع صحة الاقرار لان الاقرار اخبار عن كاين سابق وليس بتمليك ك رجل قال ضعوا ثلث مالي حيث امر الله تعالى قال يرد الى الورثه لان الله تعالى امر بدفع الميراث الى الورثه ولو اوصى ان يسقى عنه الماء شهرا في الموسم او في سبيل الله تعالى فالوصيه باطلة لجهالة الموصى به لان مقدار السقي مجهول والموسم مجهول متفاوت فقال ابو يوسف اذا اوصى ان يسقى عنه في الموسم فانه يسقى عنه يوم التروية ويوم عرفه ويوم النحر وايام التشريق

ويصرف

ويصرف

ويصرف بهذه الوصيه في الثلث بجميع الثلث لان ايام الموسم معلومة والسقي انما يجوز بالثلث فكان هذا وصيه بالثلث للسقي في ايام الموسم ك عن الحسن لو قال اوصيت بثلث مالي وهو الف درهم او بنصيبي من هذه الدار وهو الثلث او بما في هذا البيت وهو حر او قال جميع ما في هذا الكيس لك وهو الف درهم ودفعه اليه فاذا هو الموجود اكثر مما سمى فكله للموصى له او الموهوب له بعد ان يخرج من الثلث وفي البيع لا يكون له الا المسمى لانه اضاف الايجاب والتمليك الى الثلث مطلقا والى جميع ما في الكيس والبيت فصحت الاضافه الا انه بين مقداره على حسبان انه كذا ولم يكن هذا فيكون غلطا منه في الحساب ولا يقدح في الايجاب الصادر منه مطلقا بخلاف البيع فانه لا يصح ايجاب البيع الا اذا كان البيع مقدورا معلوما فاذا ذكر مقداره انصرف البيع اليه لا يغير ك وكذلك لو قال اوصيت له بغنمي كلها وهي مائة شاة فاذا هي اكثر فله كلها لانه اخرج الكلام مخرج التفسير فكان هذا غلطا منه ولو قال اوصيت له بغنمي هذه وله غنم غيرها فله الغنم المشار اليها

البيع

بخلاف ما لو قال اوصيت له بثلث مالي وهو هذا حيث لا
لا تعتبر الاشارة لان الثلث عبارة عن الجزء الشايع والعين
غير الشايع فلغت الاشارة وهنا الاشارة والتسمية قد
اجتمعا واحدا اما لا انافي الاخرى وكانت الاشارة اولى لانها
ابلغ في التعريف فتعلقت الوصية بالعين المشار اليها ك
الفتاوى ولو اوصى بان يتخذ طعاما للناس بعد
وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية ثلاثة ايام قال
الوصية باطلة او قال الفقيه ابو جعفر يجوز من
الثلث للذي يطول المقام معه عنده والذي يجي من مكان
بعيد والاغنيا والفقرا سوا ولا يجوز للذي لا يطول
مقامه وان فعل الوصي من الطعام شيا كثيرا ضمن وان كان
قليلا لم يضمن ك ولو اوصى ان يكفن له من ثمن كذا او يكفن
في مسح اشتراه وتغل يده وتقيد رجله فالوصية باطلة ويكفن
كفن مثله ويدفن كما يدفن ساير الناس وكذا الوصية
بالدفن في داره او بالنقل من موضع الى موضع باطلة لان
ولايته بالموت منقطعة وهذه الوصية باطلة ولو نقله
الوصي بغير اذن ساير الورثة ضمن ما انفق في حمله او نقله ع

ولو اوصى بان يحفر عشرة اقبار للاموات قيل الوصية باطلة
وقيل ان كانت الوصية في مقبرة بعينها ليدفن فيها الموتى من
ابناء السبيل والفقرا فالوصية صحيحة لان هذه وصية بقربة
ولو اوصى بان يطين قبره او يضرب على قبره قبة او يدفع الى
انسان شيا ليقرا على قبره القران فالوصية باطلة لان عمارة
القبور للاحكام مكروهة واخذ شي للقراة لا يجوز لانه
بمنزلة الاجرة على القراة ك **باب الوصية**
بمنافع الاعيان وبما في بطون الحيوان ك السوط ك
ولو اوصى بخدمة عبده او بسكنى داره او بثمر بستانه او بغلة
دوره واراضيه جاز خلافا لابن ابي ليلى فيكون للموصى له مدة
حياته وتعود الرقبة الى الورثة بعد مماته لان الوصية
بالمنفعة تمليك رقبة العين في حق ملك المنفعة لانها لا تتهيا
له الانتفاع والارتفاق بالعين الا بعد الضرورة فه احق ولا حظ
بملك الرقبة كما في الاجارة فانها تمليك رقبة العين في حق المنفعة
وكانت هذه وصية بملك الرقبة في حق استيفا المنفعة لا مطلقا
فاذا اصاب الموصى له مستوفيا مدة حياته عادت الرقبة الى ملك
الورثة ك وما كان من الثمر والغلة حاصلا قبل موت

الموصى له يكون لورثته وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصي
وانما يجوز اذا خرج من الثلث كما في الوصية بالعين لان الوصية
بالمنفعة كالوصية بالعين فيكون العبد والدار ثلثه للموصى
له بالمنفعة وثلثاه للورثة ويعتبر قيمة العين وحدها ولا
يضم قيمة الثمرة والخدمة والغلة الى رقبة الاعيان لان المنافع
معدومة وقت الموت فيكون مال الموصي العين وحدها
فيعتبر خروج قيمة العين من الثلث ولو اوصى بغلة عبده او
بغلة داره في المساكين جاز ولو اوصى بسكنى داره او بخدمة
عبده للمساكين لا يجوز الا لرجل بعينه لان الوصية بخدمة
عبده وبسكنى الدار لا يمكن تنفيذها لانه لا يمكن السكنى في
الدار الا بالمؤنة والعمارة والعبد لا يمكن استخدامه الا بالنفقة
ولا يقدر القاضي ان يقضي بالمرمة والنفقة على احدهم فمتى تعذر
تنفيذها بطلت وامكن تنفيذ الوصية بالغلة لانه يرم الدار
من تلك الغلة فيجب تنفيذها ولو اوصى بظهر دابته في سبيل
الله تعالى لم يجز عندهما وعند محمد يجوز وقد مرت في كتاب
الوقف ك المنتقى ولو اوصى بسكنى داره لرجل
ولا مال له غيرها قال ابو حنيفة ليس للوارث بيع الثلثين

قال

وقال ابو يوسف لهم ذلك وان تقاسموا يفرز والصاحب
الوصية الثلث لانه لو اوصى برقبة الدار وليس له سوى
هذه الدار كان لهم ان يبيعوا الثلثين وكذلك منفعة الدار
والمنافع تابعة لرقبة الدار ك لابي حنيفة ان حق الموصى له
تعلق بالانتفاع بكل الدار مدة حياته وبيع الثلثين يوجب
ابطال حقه في الانتفاع بكل الدار فلا يبيع ما لم يستكمل
المدة ك المبسوط ولو اوصى بثمرة نخله وفيها ثمرة يوم مات
كان له من الثلث وليس له ما يثمر بعدها الا ان يقول ابدا
لانه كان فيها ثمرة يراد بالوصية الثمرة القايمة لا الحادثة
عرفا وعادة فانه اذا سأل الموصى له هل اكرمك الموصي يقول
نعم يريد بذلك الثمرة القايمة في الكرم دون ما يحدث بعدها
والثابت عرفا كالثابت نصا فيتقيد الوصية بالثمرة القايمة
الا ان يقول ابدا لان التنصيص على الابد تنصيص على الحادث
لان الثمرة القايمة دخلت تحت الوصية بقوله اوصيت
لك بثمرة نخلي من غير ذكر الابد فوجب ان يكون لذكر
الابد فايدة حتى لا يلغوا ذكر الابد وانما يفيد فايدة اذا انصرف
الوصية الى الحادثة والقايمة ولو لم يكن فيها ثمرة يوم مات

ولم يقل ابدًا فالثمر له ابدا من الثلث لانه يراد بالوصيه الثمر
الحادثه اذ لو لم ينصرف الى الثمر الحادثه لبطلت الوصيه وهو
قصد صحة الوصيه وكانت الحادثه مراده بالوصيه عرفا وشرعًا
الفتاوى رجل اوصى بتركه كرمه ثلث سنين للمساكين
فمات ولم يحمل كرمه ثلث سنين شيا قيل بطلت وصيته وقيل
يوقف ذلك الكرم ان خرج من الثلث ما لم يفسد وغلته ثلث
سنين قال الفقيه ابو الليث هذا موافق لقول اصحابنا
لانهم قالوا لو اوصى بخدمه عبده سنه لفلان وفلان غايب
فمتى رجع فان العبد يخدمه سنه ولو اوصى بخدمه هذه السنة
لفلان بعد مضي السنة بطلت وصيته وكذلك الغلة
لان الوصيه متى اضيفت الى سنة معينه يقيدت بها وبطل
بمضيها ومتى اضيفت الى سنه منكره لا ينقيد بسنه معينه
بل يبقى ما لم يبوت الوصيه ولو اوصى بغله كرمه لانسان
فانه يدخل فيها القوايم والاوراق والحطب والثمر الا
ترى انه لو دفع الكرم معامله فكل هذه تدخل فيها ولو اوصى
بغله داره لانسان كان الدار تواجر ويدفع اليه غلتها
وان اراد الموصى له ان يسكن بنفسها قيل ليس له ذلك وقيل

له

له ذلك كما في الوقف وقد ذكرناه ثمه

فصل

ولو اوصى بما في بطن امته فولدت لستة اشهر لم يصح ولو
ولدت لاقل من سته اشهر يصح ويكون له لان الوصيه انما
تصح لحمل موجود وقت الموت لا لحمل ملك الجاريه بعد
الموت وقد تيقنا بوجود الحمل وقبل الموت متى جات به لاقل
من سته اشهر وشككنا في وجوده متى جات به لسته اشهر
فصاعدا لاحتمال انه حدث على ملك الوارث فلا يثبت
جوازها بالشك ولو اوصى للجنين ان ولدت لاقل من سنتين
وانفصل حيا جاز وان انفصل ميتا لا يجوز لانه ثبت وجوده
وقت الوصيه حكما لثبات النسب من الزوج لان النسب
انما يثبت باعتبار العلوق قبل الموت لا بعده كما حكمنا بثبات
النسب من الزوج فقد حكمنا بوجوده يوم مات الموصى لان
الموصى مات بعد موت الزوج بخلاف ما لو كان الزوج حيا
فولدت لسته اشهر من يوم موت الموصى لا يصح الوصيه
بوجود الحمل يوم موت الموصى الا اذا ولدت لاقل من سته
اشهر ومتى كان الوطي حراما او كان الزوج ميتا فانه يحال
العلوق الى اقرب الاوقات حملا لامرها على الصلاح فلو انفصل

بينا لا ينفذ لوجود الحياة فيه يوم موت الموصي لجواز انه
لم ينفخ فيه الروح فلا يثبت الحياة بالشك ولهذا لا يرث
ولا يسمى ولا يصلى عليه ك رجل له ثلاثة امة حوامل لا مال
له غيرهن واوصى لرجل بثلث رقابهن ولآخر بثلث ما في
بطونهن فلكل موصى له ثلث ما اوصى به له ولو لم يوص بثلث
رقابهن ولكنه اوصى بماله لرجل وبثلث ما في البطون
لآخر شرك صاحب الثلث صاحب ما في البطون في وصيته
لان اسم المال يتناول الاجنة فاما اسم الرقبة لا يتناول
الاجنة ك **باب الوصية بالظرف فيدخل**
المظروف فيها ك المبسوط ك ولو اوصى له بهذا الهروي
فله الجراب وما فيه لان الجراب الهروي اسم لجراب فيه ثياب
هروي وان كان خاليا عن الثياب الهروي صار كانه قال
اوصيت لك بالجراب وما فيه وكذلك بهذا الدن الخل
فله الدن وما فيه وكذلك القوصرة من التمر لانه انما
يسمى دن الخل وقوصرة التمر باعتبار كون المظروف فيه
ولو اوصى بالحنطة في الجوالق لا يكون له الجوالق لان كلمة
في للظرف والظرف غير المظروف فيتناول لفظة الوصية

بالمظروف وهو الحنطة دون الجوالق كانه قال اوصيت لك
بالحنطة التي في داري والسيف مع الجفن والحلية بمنزلة
الجراب لان اسم السيف يتناول النصل وما يتصل به والحلية
مركبة بالسيف فهي من جملته والجفن تبع للسيف لانه لا
يمسك مع الجفن فكان الجفن تبعا له وروى عن ابي يوسف
انه يدخل ما كان متصلا به ولا يدخل العمد فيها وكذلك
وفي القبة تدخل العيدان دون الكسوة وان اوصى بقبة
مركبة دخلت اللبود فيها لان القبة اسم لما يسكن فيها
وانما تتم مسكنا بغير ثبات والثياب انما يجعل للزينة ولا تتم
مسكنا الا بالعيدان ولهذا ينسب القبة الى العيدان
لا الى الثياب فيقال قبة ابنوس وقبة من خشب كذا فلم يدخل
الثياب فيها الا اذا كانت مركبة فقد اوصى بالمسكن ولا
يتم مسكنا ومنزلا الا بالعيدان واللبود جميعا فانها اسم
للمسكن فمتى كانت مركبة ولا يسمى المسكن الا بها فتدخل الثياب
تحت الاسم وفي الحجلة يدخل الكسوة دون العيدان لان
الحجلة شيء يوضع على البعير يحمل فيه العروس ويجعل ذلك
بالكسوة لا بالعيدان وهي اسم للكسوة عندهم ولو اوصى له

بالمظروف

بسلة زعفران يدخل الزعفران دون السلة وكذلك في
العسل والسمن والزيت لا يدخل الزق لان السلة والزق تعاد
في عرفهم كالفقيه للحبوب والاوفيه للدهن وكان ذكر السلة
والزق لتقدير الزعفران والعسل والسمن يسع فيه شي كثير
متعدد فصار كانه قال اوصيت لك بمن من الزعفران
او بقفيز حنطة وفي المصحف الذي له غلاف لا يدخل الغلاف
لانه منفصل عنه وقد يباع بدون الغلاف وعند زفر يدخل
لانه تبع له ك المنتقا ولو اوصى بزق زيت او بالزق
الزيت او بدن خل او بالدن الخل فهو عليهما ولو اوصى بسفينة
طعام او بالسفينة الطعام او بالدار الدواب فهو على الطعام
والدار وحده دون السفينة والدواب والفرق ان السفينة
والدار لا تكون تبعا ولا ظرفا للطعام والدابة عادة ولا
تباعهما مع الدار والسفينة عرفا عادة فاما الدن والزق يكون
ظرفا وتبعا للزيت والخل فيدخل تحت الوصيه والبيع ولو
قال بزق الزيت او الطعام وقع على الزق والسفينه
وحده لانه ذكر الزيت والطعام ليعرف الزق والسفينه
لا تبعا له لانه لا يصلح تبعا له وكذلك على هذه الوجوه في روايه

الما وتوصى الثمرة ه باب تعلق الوصيه
بالشرط المبسوط ه ولو قال اذا كان في بطن فلانه
غلام فله الف درهم وصيه وان كان في بطنها جاريه
فلها خمسمائه وصيه فكانا في بطن واحد جازت الوصيتان
لانه جعل شرط الوصيتين كونهما في البطن وقد تحققا كونهما
في البطن وقت الوصيه لانهما توام لا يتصور علوقهما ووجود
الاحدهما واذا اتيقنا بوجود احدهما عند الوصية فقد تيقنا
بوجود الاخر فان كان ولادتهما معا فقد وجد شرط
جواز الوصيتين فيجوز وصار كما لو قال ان كان في
بطنك غلام فهو حر وان كان في بطنك جاريه فامراته
طالق فولدت غلاما وجاريه في بطن واحد وقعا جميعا
ولو ولدت غلاما وجاريتين فللورثه تعين اي الغلامين
شاوا اي الجاريتين شاوا لان الموصي اوصى لاحد الغلامين ولاحد
الجاريتين ولا يدري فيكون التعيين للورثه كما لو اوصى لاحد
الرجلين بلا عيانهما ولو قال ان كان الذي في بطنك غلام
اعتبر ان يكون كله غلاما لان كله الذي كله تعم فقد جعل
شرط جواز الوصيه جميع ما في بطنها غلاما كما لو قال

الذي في بطنك غلاماً فهو حر وان كان جارية فامرأته
طالق فولدت غلاماً وجارية لايبغازك **الاصل**
ان الموصي اذا علق عتق مملوكه بشيء بعد موته ينظر ان علقه
باستدامته بثباته على فعل موقت فمكث على ذلك
الفعل بعد موته ساعة عتق لانه لما مكث وثبت على ذلك
الفعل ساعة فقد تحقق الشرط العتق كما لو قال لمملوكه
ان مكثت مع ولدي او في هذه الدار فانت حر فمكث ساعة
عتق وان علق عتقه بترك فعل غير موقت فقال لا افعل يعتق
لان ترك الفعل يتحقق بالامتناع عنه ساعة وان علق عتقه
بثباته على فعل موقت لا يعتق ما لم يثبت على ذلك الفعل
في ذلك الوقت لانه جعل شرط العتق الثبات على فعل مقدر
فما لم يوجد الثبات على الفعل المقدر لا يتحقق الشرط ولو اوصى
ان يعتق امته على ان لا تتزوج بعد ذلك ولا يبطل وصيتها
لان شرط العتق هو ترك التزوج والدوام على الترك
ليس بشرط لما بينا وكذلك لو قال هي حرة بعد موتي على ان
لا ترجع عن الاسلام او قال النصراني على ان يثبت على النصرانية
فمكث ساعة تم الشرط ولو اوصى لامته ان تقيم مع ابنه وبنته

حتى

حتى يستغنيا ثم هي حرة ولا وارث له غيرهما فان كانا كبيرين
تخدمهما حتى تتزوج البنت ويصيب الغلام خادماً او مالاً
يبلغ خادماً وان كانا صغيرين خدمتهما حتى يدركا لان شرط عتقها
الثبات على فعل موقت وهو الخدمة حتى يستغنيا فما لم يوجد
الى وقت الاستغناء لا يتحقق شرط العتق الا ان استغناء
الكبير انما يكون بالتأهل او الانثى بالتزوج واستغناء
الصغير بالبلوغ لان الصغير لقصور رايه ولضعف بنيته
لا يستغني عن الخادم ما لم يبلغ ولهذا تبقى الحجر والنفقة
الى وقت البلوغ وان مات احدهما قبل الموت بطلت وصية
الجارية لانه فات شرط العتق وهو خدمتها الى وقت الاستغناء
ولو اوصى لام ولده بالف ان لم تتزوج ابداً او الى شهر
فتزوجت قبل ذلك بطلت وصيتها لانه علق وصيتها بترك
فعل موقت ولم يوجد ترك التزوج في ذلك الوقت
فلم يوجد شرط الوصية ولو اوصى ان يعتق على ان لا تتزوج
فلاناً ابداً فقبلت فاعتقت ثم تزوجت جاز ولا شيء عليها
لانه علق الوصية بترك التزوج لكن جعل ترك التزوج
عوضاً عن الوصية لان كلمة على تستعمل للمعاوضة لا للشرط

فاذا قبلت ذلك بالترك فربما تستحق الوصيه ويكون استحقاق
الوصيه بالقبول لا بترك التزوج موقتا وذكر الشيخ
الامام ابو بكر المعروف بخواهر زاده في شرح المبسوط
ان هذا غلط والصحيح انها لا تعتق لانه علق العتق بترك فعل
موقت لان كلمة على تستعمل للشرط ايضا كما قال لامراته انت
طالق على ان تدخل الدار يتعلق بالدخول فما لم يوجد
ترك الفعل في الوقت المقدر لا يوجد شرط العتق فلا
يعتق كما لو اوصى ان يعتق على ان لا يتزوج شهرا المنتقى
قال ابو يوسف ان مت فهذان العبدان في ملكي فهما
وصيه لفلان فمات احد العبدين او باعه ثم مات الموصي والباقي
في ملكه فالوصيه باطلة وكذا لو مات وهما في ملكه بخلاف
ما لو قال ان مت وفلان وفلان حيان فهذا العبد وصيه
لهما فمات احدهما قبل موت الموصي يعطى نصف العبد للباقي
منهما فالفرق ان في الاول اضاف الوصيه الى حال عدم
ملكه في الموصى به وهو ما بعد الموت لان ملكه بالموت
انتقل الى الورثه متصلا بالموت وملك الموصى به شرط لانعقاد
الوصيه وفي الثاني الوصيه صادفت ملكه لانه اضافها الى

ملكه للحال ولكن شرط حيوتهما وحيوة الموصى له شرط لنفوذ
الوصيه لا لانعقادها فاذا بقي احدهما حيا فقد وجد شرط
النفاذ في حقه فنفذت الا ترى لو قال لعبدين له ان مت
وانتما في ملكي فانتما حران فمات احدهما ثم مات المولى لم
يعتق الاخر وذكر في موضع اخر في المنتقى عن ابي يوسف
ان الباقي للموصى له وكذلك لو قال ان مت وهذه الدار
في ملكي فهي لفلان وصيه فباع بعضها وقال ان مت
وهذا الطعام في ملكي فاكل بعضه ثم مات فالباقي للموصى له
في روايه عن ابي يوسف وفي روايه عنه لا شي للموصى له ولو
قال ان مت من مرضي هذا فعبدي حر فقتل لا يعتق لانه
علق الحريه بموته وبعد الموت حالة ينعدم ملكه فيه فلم يصح
التعليق ولو قال ان مت في مرضي عتق لان كلمة في اذا دخلت
على الفعل تستعمل للشرط ومتى دخلت على الاسم تستعمل للقران
والحال قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي
وهنا دخل على الاسم وهو المرض فيكون بمنزلة كلمة مع فيصير
كانه قال انت حر في حال مرضي وذلك قبل الموت
ولو قال ثلثي وصيته لفلان ان شا او لم يقبل ان شا وان لم

بشا فلفلان فمات الموصى له قبل المشيه فالثلث مردود على الورثه
لانه لا يمكن تنفيذها لانعدام شرط نفاذها وهو مشيه
فلان ولو قال لا اشا ذلك فالثلث للاخر ك ابن سماعة
عن محمد رجل اوصى بوصية وقال ان لم يقبل وصيتي وردها
فهي لفلان فاذا الموصى له الاول ميت او كان حيا فمات قبل
موت الموصى ولم يعلم بالوصيه فهي للثاني كلها لانه علق الوصيه
للثاني بعدم قبول فلان والعدم يتحقق بموته كما يتحقق برده
ولو قال ثلث مالي وصيه لفلان ان شا فعلم بعد موته
وقام من ذلك المجلس قبل ان يشا ثم شا فله الوصيه لان قبول
الوصيه لا يتقيد بمجلس العلم لما بينا ك ولو اوصى لرجل بوصيه
ان شا وان ابى فهي لفلان فالقاضي يجبره على ان يشا او يابى
وان لم يفعل شيا قضى بالوصيه للاخر لان الظاهر ان من اراد
قبول الوصيه ينطق بالقبول فاذا سكت عنه يجعل ابيا كما
اذا سكت المدعا عليه عن جواب المدعي يجعل منكرا فكذا هذا
ولو قال اوصيت بهذه الالف لفلان فاذا مات فللاول
دفعها الى فلان فهو جايز ويدفعها الى فلان اذا مات الاول
وكذلك اذا قال اوصيت له بها شهرا ثم يدفعها الى فلان

وكذلك

وكذلك الخدمة والرقبه لان هذه وصيه بالمنفعه معنى والوصيه
بالمنفعة موقته جايزه قال لفلان قال ابو يوسف لو اوصى
لرجل بعبد قال اذا مات الموصى له فهو لفلان فالوصيه الاول
جايزه والعبد للاول ولا شي للاخر لان الوصية الثانيه صادفت
ملك الغير فلم تصح رجل اوصى بوصيه من ثلث ماله ثم قال
اعرضوا وصيتي هذه على فلان فما رد منها فهو مردود وما اجاز
فهو جايز فلم يعرض على فلان او اعرض لم يجب شيا حتى مات
فالوصيه جايزه لانه فوض رد الوصيه المبتدا واجازها الى
فلان فاذا فقدت المشيه مضت الوصيه على حالها الا ترى
ان من له الخيار في البيع اذا مات مضى البيع على وجهه فكذا
هذا ولو قال اجيزوا هذه الوصيه ان شا فلان او انفذوا
ان انفذ فلان فمات قبل المشية والتنفيذ فالوصيه باطلة
لانه علق الوصيه بمشيه فلان او بتنفيذها وقد فقد الشرط
فلم يثبت الوصية رجل اوصى لوارثه بثلث ماله فان لم يجز
بقيه الورثه فهو لفلان فاجازت الورثه فالثلث لفلان
الاخر لان الوصيه لم يجزوا بها وانما هي هبه من مال
الورثه ولو قال ان اجازوا او لا فلفلان اخر فاجازوا

الوصيه لم يكن لفلان شي لانه علق وصيه فلان بعدم اجازتهم
فاذا اجازوا فقد انعدم الشرط فلم يثبت الوصيه ٥

باب ما يكون قبولا للوصيه وما لا يكون ردا لها

المبسوط ٥ الوصيه تمليك مضاف
الى ما بعد الموت بطريق التبرع لما بينا فيعتبر قبول الموصى له ورده
بعد موت الموصي لا قبله حتى لو قبل الموصى له في حياة الموصي فله
الرد بعد موته لان القبول يشترط عند التمليك والايجاب
لا قبله كما في البيع وغيره وكذلك لو رد في حياته وقبل بعد موته
جاز وقال زفر القبول ليس بشرط ولا يرتد بالرد كالميراث
لان عقد الوصيه عقد استخلاف لان الموصى له يقوم مقام الموصي
في ملكه بطريق الخلافه **لنا** ان عقد الوصيه عقد تمليك
لانه اثبات ملك جديد للموصى له لان الملك لم يكن ثابتا له
واثبات ما ليس بثابت تمليك ولهذا لا يملك الرد بالعيب ولا يرد
عليه بالعيب لانه لم يثبت له حكم المالكية الجديده في حق المحل
ولانه لو ثبت الملك له جبرا من غير قبوله يلحقه ضرر المنه فيتوقف
الملك على قبوله دفعا للضرر عنه كما في الهبه بخلاف الميراث
لان الوارث يقوم مقام المورث في الملك عند استغنائه عنه

من غير

من غير مباشرة سبب الملك من جهة العباد بل الموجب للملك
في الميراث هو الله تعالى صلة منه لانه تصله من جهة احد
من العباد فلا يرتد بالرد ولو مات الموصى له بعد موت
الموصي قبل القبول والرد يصير الموصى له ملكا لورثته
استحسانا لانه وجد منهم القبول دلالة ولان الايجاب
قد صح من الموصي وعمل في ازالة ملكه وانما توقف لزومه
ونفاذه على قبول الموصى له ورده فاذا مات تعذر منه
الرد وبطلت ولايه الفسخ ولا يلحق الميت ضرر المنه فنفذت
الوصيه ضرورة تعذر الرد كالمشتري اذا مات وله الخيار
فلزم العقد ولو رد ورثته بعد موته اختلف المشايخ فيه
قيل يجوز الرد لانه صحت الوصيه لوجود القبول منهم
دلالة فاذا وجد منهم صريحا بطل الوصيه وقيل لا يجوز لانه
صار ميراثا للورثه عن الموصى له بصيرورته ملكا له بالموت
ولا يصح رد الميراث ولو اوصى بجاريه وولدت من الموصى له فلم
يعلم بالوصيه حتى مات اجبر ورثته على قبولها وكذلك لو
اوصى به امرأته الحرة لان الموصى به صار ملكا للموصى له في آخر
جزء من اجزاء حياته وصار ميراثا لورثته من جهة والميراث

لا يرتد بالرد ويعتق الجارية بموت الموصى له في آخر جزء من
حياته لانه ملك ام ولده فتصير ام ولد له ويعتق بموته من
جميع ماله ولو كان الموصى له حيا لا يعلم بالوصية غير انه يطاها
بالنكاح حتى ولدت له اولادا ثم علم بالوصية ان شاء قبل
لا فان قبل فهي ام ولده واولاده احرارا ان خرجوا من ثلث
مال الميت لانه يملك الجارية عند القبول من وقت الموت
لان الملك يقع بالوصية والوصية تملك بعد الموت فيقع الملك
له من ذلك الوقت فيظهر ان الاولاد دخلت الوصية
فملكهم بالقبول فعتقوا ولو اوصى ان يقضى عن فلان الميت
دينه فقبل الوارث وابى الديان او قبل الديان وابى الوارث
فايهما قبل فهو قبول للوصية وان اوصى ان يقضي ابنه دينا له
عن اجنبي لم يجز ولو قال قد اوصيت اليك فقال لا اقبل
ثم قال قبلت له فسكت الموصى حتى مات فهذا ليس بوصي
لان رد الايصاء يصح حال حياة الموصى لما بانى فيرتد بالرد
ولو اوصى الى رجل فقال الموصى له لا اقبل فقال له الموصى ما كان
هذا ظني بك انى اذا اوصيت اليك فلم تقبل وصيتي فقال قد
قبلت فهو وصي لان الموصى لم يرجع عن ايجاب الوصية بل استحقه

عدم القبول من الموصى له فمتى قبل فقد اتصل القبول
بالايجاب فصح ه الفتاوى رجل اوصى الى رجلين فقبل
احدهما وسكت الآخر فقال القابل للساكت بعد موت
الموصى اشتر للميت كفنا فاشتراه فهو قبول للوصية لانه اقدم
على شرا الكفن وانه لا يصح الا من الموصى فقبول منه للوصية دلالة

باب الرجوع عن الوصية

المبسوط ه اصله ان الموصى يملك الرجوع في الوصية لانها
تبرع ولم يتم تبرعه قبل التسليم والرجوع يصح صريحا ودلالة
وهو ان يتصرف في الموصى به تصرفا يزيل ملكه او يكون استهلاكا
من كل وجه لان العين التي تعلقت بها الوصية متى صارت
مستهلكة من وجه لزوال الاسم وبعض المنافع لا يملكه تنفيذ
الوصية فيها وكل فعل فعله الموصى في المغصوب ينقطع به
حق المالك عنه فاذا فعله الموصى كان رجوعا والرجوع انما يثبت
بمعانى احدها الاستهلاك من وجه كما لو اوصى بثوب فقطعه
وخاطه او بقطن ثم غزله او حشا به جبه او بغزل فنسجه او
بحديد فصنع منها آنا فذلك الرجوع عن الوصية لان هذه
التصرفات استهلاك للموصى به من وجه ولهذا لو فعله في ملك

الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله في ملك نفسه كان رجوعًا
والثاني خلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن التمييز بينهما كما لو اوصى
بسويق فلته بسمن او بثوب فصبغه او بساحة فبنا فيها بناء فهو
رجوع لانه لا يمكن تسليم الموصا به على الانفراد وتعذر
تكليف النقض فبطلت الوصيه **والثالث** باحداث
نقصان في الموصى به يخرجه عن هيئة الادخار والامساك الى
يوم الموت كما لو اوصى بشاة فذبحها لانه انما يذبح ليصرفها الى
حاجته لان الشاة لا تذبح الا لحاجة اليها وذلك دليل على ابطال
الوصيه **والرابع** باحداث صنعة متقومة فيه صير
حق المالك هالكًا من وجه كما لو اوصى بنقرة فصاغها
حليًا او قلبًا او آنا لانه لا يمكن فصل الصيغة المتقومة عن
العين وتمييزها فجعل احداثها رجوعًا عنه ولهذا ينقطع بها
حق الواهب في الرجوع وحق المالك عن المغصوب ولو اوصى
بدار فجصصها لم يكن رجوعًا لان التجصيص هو تبييض الجدار
بما الجص وتمويهها من غير ان يتصل بها عين الجص فكان
كتبييض الثوب بالغسل ولهذا لو فعل ذلك الغاصب لا
ينقطع حق المالك حتى اذا اتصل به عين الجص يكون رجوعًا

كما لو كان ثوبًا فصبغه ولو هدمها لم يكن رجوعًا لانه
احدث فيها بمجرد النقصان لا يخرجه عن هيئة الادخار
والابقا فصار كما لو كان الموصا به ثوبًا فقطعه ولم يخطه
ولا كذلك ذبح الشاة لانه اخرجه عن هيئة الادخار
والابقا جعلها من جملة ما يتسارع اليه الفساد والخامس
ان يتصرف فيه تصرفًا يزيل ملكه كالبيع والهبة حتى لو اوصى
بعبد ثم باعه ثم اشتراه فهو رجوع او اوصى بامة
ثم وهبها الرجل ثم رجع فيها بطلت الوصيه لان اخراجه
عن ملكه دلالة ازاحة ابطال تصرفه فلانه طرا عقد
بات نافذ على عقد موقوف فابطل الموقوف كبيع الفضولي
اذا طرا عليه بيع المالك بطل الموقوف ولو غصبها رجل ثم
ردها بعينها لم يبطل الوصية الا ان يأخذ مثلها لان عين
الموصى به قايمة على حالها فبقيت الوصيه الا اذا استهلكها
الغاصب فضمن مثلها فقد هلك الموصى به ولو اوصى بعبد
لرجل يخرج من الثلث ثم اوصى به لاخر فهو بينهما لان الايصا
عقد استخلاف في الملك كالوراثة فصار استخلاف الثاني
اشتراكًا للاول والاشتراك تقرير للاول لا تغيير كما لو قال

اقر بوارث ثم اقر بوارث آخر سقى الاول وارثا ولو قال
العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان او قد او نفذ اوصيت
به لفلان فهو رجوع وكل العبد للثاني لان اللفظ يدل
على قطع الاشتراك واثبات التخصيص للثاني لان حرف
هو كناية عن كل العبد فقد اخص الثاني بكل العبد وقد
يذكر للتاكيد بقوله اصلحت ما قد افسدت وارضيت
ما قد اسخطت فصار كانه قال اوصيت للثاني ما قد
اوصيت للاول وكان تخصيصا للثاني لا اشتراكا ولو قال
قد اوصيت للثاني كان بينهما لان الواو في اللغة الاشتراك
المعطوف بالمعطوف عليه في خبر كما لو قال هذا العبد
حر وهذا يعني الثاني فصار كانه قال اشركت الثاني
في وصية الاول ولو اوصى ثم اشهد انه لم يوص لا
يكون رجوعا على رواية الجامع وعلى رواية المبسوط الانكار
رجوع وقيل ما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف وما
ذكر في الجامع قول محمد وهكذا روى المعلى عنهما
هذا الخلاف وعلى هذا جحود الوكيل الوكالة وجحود احد
الشريكين الشركة وجحود المودع الوديعة وجحود المتبايعين

والمتا

والمتاجرين فعلى الروايتين على رواية الجامع لا يكون فسخا
وعلى رواية المبسوط يكون فسخا من وجه رواية الجامع
ان الجحود كذب حقيقة فانه قال انه لم اوص ويحتمل الفسخ
مجازا الا انهما يتفقان في المعنى الخاص لان الفسخ رفع العقد
من الاصل والجحود نفي العقد من الاصل وما بينهما مشابهة
في العدم ولما احتمل الجحود الكذب والفسخ فان اراد الكذب
لا يكون رجوعا وان اراد الفسخ يكون رجوعا فلا يثبت
الرجوع بالشك وجه رواية المبسوط وهي الاصح ان الجحود
لما احتمل الكذب والفسخ وجب ان يجعل فسخا لا كذبا
صونا للكلام العاقل عن الكذب والفساد وحملا لامره
على الصحة والسداد لقوله عليه السلام لا تظنن بكلمة خرجت
من اخيك سوا وانت تجد لها من الخير محملا فيجعل جحودا
الوصي فسخا منه لانه مما ينفرد بالفسخ ولو قيل له اوصيت
بعبدك فلانا لهذا فقال لا ولكن اوصيت بامتي فلانه
يكون موصيا بالامة لا بالعبد لانه لما جحد وصية العبد
فقد رجع عنها واوصى بالامة ولكن كله لكن لاستدراك
الغلط والرجوع عن الاول كله لا بل ولو قال اوصيت

بعبدي لفلان لا بل اوصيت بانتي كان موصيا بالامه لا غيره
ولو اوصى بوصيه ثم عرضت عليه من الغد
فقال لا اعرف هذه الوصيه او تركتها فهو رجوع وقال
محمد قوله لا اعرفها ليس برجوع وهذا جحود للوصيه وجحود
الوصيه هل يكون رجوعا فعلى الروايتين اللتين ذكرناهما
ولو قال الموصي قد اجزت الوصيه فليس برجوع كان
تركا ولو قال قد اجزت ما عليك لم يكن تركا له
ولو اوصى بثلث ماله لرجل ثم قال جميع مالي لوارثي يكون
رجوعا لانه متى كان جميع ماله لورثته قال يكون بعضه
للموصى له قال ابو يوسف لو اوصى لرجلين لكل واحد
بوصيه ثم رجع عن الوصيتين ولم يبين ايتهما تلك حتى مات
فللوارث ان يبطل ايتهما شا ويمضي الاخرى فان كان الوارث
صغيرا فالى الموصي فان لم يكن له وصي فالحاكم ولو اوصى بارض
ثم جعلها كرما فهذا رجوع وان زرع فيها اسا فهو
رجوع لان الاس (شجر) وان زرعها رطبه فليس برجوع لان
حصد الكرم وغرس الاشجار للاستدامة والاستقرار
ولهذا لو فعله في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاما الزرع

لايكون

احدى ح

شيا ينظر ان كان شيا يسيرا فليس برجوع وان بنا فيها ح

لا يكون للاستدامة والاستقرار ولو اوصى لرجل بدار ثم
انكسر بعض ابوابها فعلق عليه بابا سواه او رم منها بيتا
فهو رجوع لانه لو فعله في ملك الغير ينقطع به حق المالك
ولو اوصى ان يعتق نصف عبده ثم قال قد اوصيت بنصفه
لفلان فهذا رجوع لان العتق ازالة الملك والوصيه
اثبات الملك وكانا في طرفي نقيض ولو اوصى بان يهب
من فلان ثم اوصى بان يباع من فلان او قدم البيع واخر
الهبة فليس برجوع لان كلاهما تمليك ولا مضاده بين
التمليكين ولو قال اعتقوا جاريتي هذه ثم قال ما في بطنها
وصيه لفلان فهذا رجوع عن العتق قال محمد كل وصيتين
لا يجتمعان في شي فالاخيره رجوع عن الاول كما اذا اوصى
بعتق جاريه ثم اوصى بها لرجل او اوصى بما في بطنها لرجل وهي
حامل فهذا رجوع في العتق لان بين الاثبات والازاله مضاده
فاذا تحققت الاخيره انتفت الاول ضروره ولو قال اوصيت
ما في بطنها لفلان ثم قال اعتقوا هذه الامة عني لم يكن
رجوعا عن الوصيه بالولد لانه لو قال اعتقوا هذه عني ثم
قال قد اوصيت بما في بطنها لفلان لم يكن ذلك رجوعا

عنه في الوصيه بعتقها فان ولدت بعد موته قبل ان يعتق
فالولد للموصى له وان اعتقت قبل ان تضع عتق الولد بعتقها
ولا يعتبر الوصي فيه لانه انفذ ما قال الميت لان الميت
كانه قال اذا مت فان شئتم فاعتقوها قبل ان تضع وان شئتم
فاعتقوها بعد ما تضع ولو قال اوصيت لفلان بالف
درهم غلة ثم قال اوصيت له بالف وضح او اوصيت
له بكر بر دقل ثم قال اوصيت بكر تمر برني كان له
الاجود من ذلك لان الوصيه بالاجود والاكثر يكون
رجوعا عن الوصيه بالاردا لو الادون دلالة ولو قال اوصيت
له بالف درهم من هذا الكيس ثم قال اوصيت له بالف
درهم كان وصيه منهما جميعا لانه لما عين كل واحد منهما
واشار اليه فقد اوصى بكل واحد منهما على حده واذا ابهم
الاول ولم يعين كانت الوصية الثانيه اعادة للاول وادخال
زيادة الوصف فيها لان المبهم والمنكر يحتمل الاعادة والتكرار
فلا يثبت الوصية لفلان بالف درهم ثم قال قد اشركت
هذا معه فلم يقبل الشريك الوصيه فللاول حصته لان
اشراك الثاني مع الاول رجوع منه عن وصيه الاول

بحصته

بالف من هذا الكيس الاخر او ... من هذا الكيس

الثانيه بالثلث والاحمال ولو قال او وصيت

بحصته **الجامع** ولو قال كل وصيه اوصيت بها لفلان
فهي باطلة او قال فهي لفلان كان رجوعا لانه وصف
الوصيه بالبطلان ولا يصح هذا الوصف الا بالرجوع والفسخ
فاقتضى هذا فسخ الوصية وابطالها وقوله فهي لفلان يكون
نقلا وتحويلا لتلك الوصيه الى فلان ولا يصح النقل والتحويل
الا بعد فسخ الوصيه للاول ولو قال فهي حرام لا يكون
رجوعا لان الوصيه لا يوصف بكونها حراما وحلالا الا مع
قيامها ولا توصف بكونها باطلة الا بعد انفساخها ولو قال
فهي لعقب فلان لا يكون رجوعا حتى يموت فلان ويترك
عقبا لان الوصيه صحيحه لعقب فلان فان لم يكن العقب
موجودا يوم الوصيه كما لو اوصى لولد فلان وليس له
ولد يوم الوصية وجدت له ولد يوم يموت الموصى
صحت الوصيه فكذا هذا ومتى صحت الوصيه لعقب فلان
صح الرجوع عن الوصيه الاول لان اسم العقب لا يتحقق
ولا ينطلق الا بعد موت فلان

باب الرجوع عن بعض الوصيه

المبسوط ولو قال اوصيت
بهذه الالف لفلان فقد اوصيت لفلان منها بمائة فليس

هذا برجوع والمائة بينهما نصفان وتسعمائة للاول لانه عطف
الوصية الثانية على الاول في المائة والعطف يقتضي الاشتراك
مع المعطوف عليه فيما عطف وانما عطف في المائة فيوجب
الاشتراك بينهما في المائة ولو قال قد اوصيت لفلان وفلان
بالف الا مائة لاحدهما فالمائة لهذا والتسعمائة للاول
منهما وكذلك هذا في الافراد وقد مرت في الاقرار
ولو اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال قد اوصيت لفلان
بما احب قال اضرب له بما احب من ثلثه فان احب الثلث
كله كان الثلث بينهما نصفان وان احب كله الا درهما
ضرب له بالثلث الا درهما لانه فوض الى الاول ارادة الوصية
للثاني فما اراده الاول واجب يكون للثاني الا اذا
اراد كله يكون الثلث بينهما كما لو اوصى بالثلث لهذا وبالثلث
لهذا فيكون الثلث بينهما نصفين لما ياتي فكذا هذا ولو قال
قد اوصيت لفلان وفلان بالف يعطى منها فلان مائة
وفلان مائتين قال اعطيهما ما سمى لهما واردد البقية على
الورثة واذا سمى لاحدهما لا مقدرا نفي الباقي للاخر
فاذا سمى لكل واحد منهما شيئا مقدرا فقد رجع عما زاد على

بجعل الباقي للاخر لان الوصية
بالف وقعت لهما فاذا سمى لاحدهما

المسمى فيكون الزيادة للورثة ولو قال ثلث مالي لفلان
وفلان لفلان من ذلك مائة وثلث ماله تسعون درهما
فالثلث دراهم كله لمن سمي له المائة لان وصيته
مقيدة مقدرة بمائة وهي متقدمة على وصيته مرسلة لانه
جعل الفاضل عن الوصية المقدرة للاخر ولم يوجد الفضل
قال ابو يوسف لو قال اوصي لرجلين بالف لفلان
منها مائة ولم يبين كم للاخر لفلان مائة وللاخر خمسمائة
ويرجع اربعمائة الى الورثة ولو كان الثلث اقل من الف
ضرب فيه صاحب المائة بمائة والاخر بخمسمائة لان الوصية
بالف وقعت لهما فيكون لكل واحد منهما نصفها ثم لما
قدر لاحدهما بمائة فقد رجع عن وصيته في اربعمائة فبقي
خمسمائة للاخر ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان ولفلان
لفلان من ذلك الف درهم وكان الثلث الفا او اقل
فللموصى له بالف يضرب بالف ويضرب الاخر بنصف
الثلث وليس هذا كقوله اوصيت لهذين بالف لهذا منها
مائة لان وصيتهما وقعت بمثله بالف فمتى قدر وصيته
احدهما بمائة فقد رجع في مائة وبقي وصية الاخر بالمائة

الالف اربعمائه وفى الاول وقعت وصيتهما مرسلة فى الثلث
فمن قدر وصيه بالف بقيت وصيه الاخر بنصف الثلث فيضرب
كل واحد منهما بقدر حقه فى الثلث ه **الجامع** مسالة
على فصلين احدهما فى الرجوع عن الوصيه لواحد والثانى فى
الرجوع عن الوصيه لاثنين **فصل** لو قال
اوصيت بثلث مالى لفلان وفلان لفلان خمسمائه خمسون
ولفلان مائه ومالى ثلثمائه فالثلث بين اللذين لهما قدرا
اثلاثا ولا شى للاخر لانه لما سمى لهما قدرا وسكت عن
بيان نصيب الثالث كان هذا بيانا دلالة ان الباقى من
الثلث بعد نصيبهما كان للثالث كما فى قوله تعالى وورثه
ابواه فلامه الثلث لما بين للام نصيبا مقدرا وهو الثلث
كان بيانا ان الباقى للاب وكذا فى قوله تعالى فان كان
له اخوة فلامه السدس كان بيانا دلالة ان الباقى للاخوة
فكذلك فى الوصيه لانها اخت الميراث وقد اوصى لاحدهما
بمائه وللاخر بخمسين وفى الثلث تضايق فيضرب كل واحد
بقدر حقه ولم يبق شى من الثلث بعد نصيبهما فلا شى للثالث
وان كان الثلث ثلثمائه فالمائه والخمسون الباقيه للذى لم

بسم

بسم له قدرا لانه اوصى له بما بقى من الثلث بعد نصيبهما
ولو قال ثلث مالى لفلان وفلان لفلان مائه ولفلان خمسون
والثلث ثلثمائه فلكل واحد ماسمى له والباقى بينهما نصفان لانه
اضاف الثلث اليهما سوا فكان لكل واحد منهما بحكم هذه الاضافه
نصف الثلث لان الكلام الاول يوجب التسويه بينهما الا
انه فضل احدهما عن الاخر فى بعض الثلث بحكم الكلام الثانى
لانه يوجب التفاضل بينهما فقد رجع عما سمى ولم يرجع عما بقى
اشار الى التفضيل فيما سمى لا فيما بقى نظيره لو قال هذه الالف
لفلان وفلان لفلان منها اربعمائه ولفلان منها اربعمائه ثلثمايه
موصولا كان الباقى من الالف وهو ثلثمائه مقسوما بينهما
نصفان فكذا هذا ولو قال ثلث مالى لعبد الله وزيدا
وعمرو لعمرو منه مائه والثلث كله مائه فهى لعمرو ولا ن
اضاف الثلث اليهما سوا ثم بين نصيب عمرو لا غير فكان هذا
بيانا من الموصى دلالة ان الباقى لزيد وعبد الله والثابت
دلالة كالثابت صريحا فكان الثلث مائه وخمسين فلعمرو مائه
وما بقى بين زيد وعبد الله نصفان لانه اوصى لهما بما بقى
من نصيب عمرو فقد نسا وبا فى سبب الاستحقاق وهو

لانما بقى فيبقى التفاضل عن قدر ... لانه رجع ... التسويه بينهما ... عما سمى

الكلام الاول فسنا ويا في الاستحقاق **فصل** ولو اوصى
بهذه الالف لفلان ولفلان منها مايه كما لو قال لفلان مايه
وللاخر تسعمايه وان هلك فالباقي بينها على عشره لان الوصي بالكلام
الاول اثبت الشركة بينهما بالالف لانه اضاف الوصيه
اليهما على السويه بدليل انه لو اقتصر عليه كانت الالف بينهما
مناصفه فلما قال لفلان منها مايه فقد رجع عن بعض ما اوجبه
بالكلام الاول وموصى له بمايه فنفذت الوصيه لهما على
عشره فما هلك يهلك على الشركة وما بقي بقي على الشركه ولو اوصى
لثالث بالف اخرى وثلث ماله الف كان نصف الالف
للثالث ونصفها للاولين على عشره لانه اوصى للمفرد بالف
وصيتها فكان حقه مثل حقيهما ولو قال هذه الالف لفلان منها
مايه ولفلان ما بقي كان للاول مايه فان هلكت الالف الا
مايه فهي للاول وليس للثاني الا ما بقي بعد المايه لان الوصي لم
يشرك بينهما في الالف بل اوصى لكل واحد منهما بوصيه على
حده اوصى للاول بمايه من الالف وللاخر بما بقي بعد المايه ولم
يبق بعد المايه شي ولو اوصى مع ذلك لرجل وثلثه الف فليس
للاوسط شي من الالف الا من على احد عشر سهما عشره لصاحب

الالف

بوصيه مفرده وهنا بالف بوصيه
عليحده فكانت الوصيه للمفرد مثل
وصيتهما

بالف ع

الالف وسهم لصاحب المايه لان الاوسط موصى له بما بقي من
الالف بعد الوصايا المسماة المقدره ولم يبق من الثلث شي بعد
الوصايا المقدرة لان ثلث ماله وذلك الف لا يفي بجميع
الوصايا المقدره فان الالف الواحدة لا تفي بالف ومايه
فبطلت الوصيه في البقيه وكان بمنزله العصبه اذا لم يبق من
اصحاب الفرايض لا يكون له شي ولو قال اوصيت بثلث
مالي لفلان وفلان لفلان منه مايه وثلث ماله الف ويوم
القسمه خمسمايه كان للموصى له بالمايه مايه كاملة وللاخر ما بقي
بخلاف ما لو قال اوصيت بالف لفلان وفلان لفلان
منها مايه وهلك خمسمايه يقسم الباقي بينهما اعشارا والفرق
ان ثمه وصيتها مضافه الى مال معلوم مقدر وهي الالف
العينه او المرسلة فصارت الالف مشتركة بينهما على اعشارها
وهنا الوصيه مضافه الى ثلث مال مرسل والوصيه
بثلث مال مرسل تنصرف الى ثلث مال يكون للموصي يوم القسمه
لا الى ثلث مال يكون له يوم الوصيه حتى لو هلك ماله واستفاد
مالا اخر كان له ثلث ماله المستفاد وثلث ماله يوم القسمة
مجهول الحال لانه قد يزداد على الف وقد ينقص فكانت

الوصيه موقوفه الى يوم القسمة فاذا كان ثلث ماله يوم القسمه
خمسمايه ظهر ان ذكر المايه عبارة عن الخمس وما بقي عبارة
عن اربعه اخماس الثلث فيقسم بينهما اخماسًا ولو اوصى مع ذلك
لاخر بثلث ماله والثلث الف ولم ينقص فنصف الثلث
للاخر ونصفه للاولين على عشره واحد لصاحب المايه وتسعه
للاخر لان الموصي جمع بين الاولين في وصية واحده وافرد
الثلث بوصيه على حده وكان حق الموصى له المفرد مثل حقهما
ولو قال اوصيت لفلان بمايه من ثلث مالي ولفلان بما بقي
واوصيت لفلان بالف والمسئله بحالها فليس لصاحب الباقي
شي والثلث بين الاول والثالث على احد عشر لانه موصًا له بما
بقي من ثلث ماله يوم القسمه ولم يبق من ثلث ماله بعد
الوصيتين شي بل اضاف عنهما فان الثلث الواحد لا يسع لثلث
ومايه ۞ واذا كان لرجل ثلاثه الف كل الف في كيس بعينه
فقال لرجل اوصيت لك بما بقي من هذه الالف كلها
وصيه وهي موضع عن سائر الوصايا حتى لو اوصى بالف اخرى
لاخر لم يكن للاول شي لان ما بقي قد يذكر ويراد به الكل
كما في المواريث قال عليه السلام ما ابقت الفرايض فلاولى

ر جل

رجل ذكر معناه لاولى رجل ذكر ان كان معه صاحب
فرض وان لم يكن فله الكل فكذا في الوصيه صار كانه قال
اوصيت بما بقي من هذه الالف ان كان معك وصيه اخرى
وان لم يكن فلك كل الالف لفلان وفلان لفلان تسعمايه
ولفلان ستمايه قسمت الالف بينهما على ثلاثه عشر لانه ما بين
حصة كل واحد منهما والالف الواحدة لا يتسع لهما علم انه
اراد بذلك ان يضرب احدهما بسبعه والاخر بستة كما
في المواريث وان قال اوصيت بهذه الالف لفلان
وفلان لفلان منها الف كانت كلها لهذا الاخير ولو قال
لفلان منها الف ولفلان الف كانت بينهما لانه متى نصيب
كل واحد منهما بالف والالف الواحدة لا تسع لا يقين علم
انه اراد بما قال الضرب لا الاجزا واذا وجب حمل
الكلام الثاني على الضرب لا على الاجزا لم يتضمن رجوعًا
واذا اين نصيب احدهما بالالف لا غير وهو يتحقق من الالف
اجزا علم انه اراد بذلك الاجزا لا الضرب فيتضمن رجوعًا
عن الوصيه الاولى لان الالف كلها متى صارت مستغرقه
عن صاحب المسمى بالالف لا تبقى للاخر شي ۞

بحق ؏

باب الوصية بجزء من ماله او نصيب او سهم

المبسوط ك وان اوصى بجزء من ماله او نصيب
او شقص يعطيه الورثه ما شاؤا لانه اسم لشئ مجهول
ولو اوصى بسهم من ماله فله مثل احسن الانصبا نزاد على الفريضه
مالم يرد على السدس عند ابي حنيفه وعندهما ما لم يزد على الثلث
وذكر في الجامع الصغير لم يجز النقصان عن السدس وعلى
روايه الوصايا يجوز النقصان عن السدس عنده وقال
الشافعي يعطيه الورثه ما شاؤا وصورته لو مات الموصي
وترك امراة وابنا فللموصى له احسن سهام الورثه فهو
الثمن على روايه الوصايا فيزاد على ثمانيه سهم فيعطى له
تسع المال وعلى روايه الجامع الصغير له السدس ولو مات
وترك امراة واخا لاب وام او لاب فعنده الموصى له السدس
لان احسن السهام الربع وهو لا يجوز الزياده على السدس
وعندهما له الربع وهو خمس المال ولو مات وترك ابنين فله
السدس عندهما وعندهما له الثلث جميع المال وان ترك
ثلث بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما له اربعه حتى
يكون نصيبه مثل نصيب احد البنين لانا لو اعطيناه ثلث جميع

المال ففي سهام بين ثلثه بنين فيصير حق الموصى له زايد
على حق البنين فهذا لا يجوز لهما ان السهم اسم لما يستحقه
الورثه لانه هو المعروف والمعهود بين الناس فاما اختصاص
السهم غير ثابت بالعرف والعاده والعبره للعرف والعاده
لا للغه المعتاد واقل السهام متيقن وما زاد عليه مشكوك
فيه فيثبت له المتيقن الا ان يزيد اقل الانصبا له ما
روى ابن مسعود انه قال ان رجلا اوصى بسهم من ماله
فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس
وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما ثم على
روايه الوصايا يعطى له اما اقل احسن سهام الورثه
او السدس لان السهم محتمل للامرين والاقل متيقن والزياده
محتمله فيثبت المتيقن وعلى روايه الجامع الصغير لا ينقص عن
السدس اعتدادا للمنصوص عليه ولو اوصى لرجل بالثلث
الا شيا او الا قليلا كان له نصف الثلث وسائر الزياده
عليه الى الورثه لان الشي يراد به القليل في مثل هذا القليل
يقال كل شي سنا من هذا الطعام ويراد به القليل وكانت
هذه وصيه باكثر من نصف الثلث والنصف متيقن والزياده

على الثلث تتعذر تنفيذ الوصيه في الزياده بدون اجازة الورثه م

عليه مجهول فيكون البيان فيها الى الورثة وان قال برها
هذه الالف او عطها او عامتها او جلها فله النصف منها
وبيان الزيادة الى الورثة يعطونه ما ارادوا من الزيادة
على النصف ويلزمهم البيان وهذا اذا كانت الالف
تخرج من الثلث ك المنتقى اوصى لرجل بسهم
من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف لان بيت المال
بمنزلة الابن فصار كان له ابنان فيكون المال بينهما نصفان
وقال ابو يوسف رجل اوصى لعبده بجزء او بنصيب من
ماله لا يعتق ولو كان هذا للاجنبي اعطاه الورثة ما شاءوا
ولو اوصى لعبده بسهم من ماله عتق لان السهم عبارة عن
السدس او عن احسن سهام الورثة فيكون معلوما فقد ملك
شيئا من نفسه فعتق والجزء والنصيب اسم لشيء مجهول
يتناول القليل والكثير فلا يمكن تنفيذ الوصية فيه الا
باعطاء الورثة وتعيينهم فلم يملك بالوصية شيئا من نفسه

باب الوصية بعد الوصية

الجامع الصغير ولو اوصى لرجل بمائة ولاخر بمائة ثم قال
لثالث قد اشركتك فيما اوصيت لهما فله من كل مائة ثلثها

لان مطلق الشركة يقتضي التسوية وذلك فيما قلنا ولو اوصى
لرجل باربعمائة ولاخر بمائة ثم قال لثالث قد اشركتك
معهما فله من كل مائة نصفها لان هنا تعذر اعتبار التسوية
بينهم على اعتبار الاجتماع لتفاوت وصيتهما في المقدار
فوجب اعتبار التسوية بينهم على طريق الانفراد فشركاه
في وصية كل واحد منهما بالتسوية في المقدار بخلاف
الاول لانه امكن اعتبار التسوية بينهم على الجملة والاجتماع
فاعتبرناها ولو اوصى لكل واحد بجارية وقيمتها سواء ثم
قال لثالث قد اشركتك معهما فعند محمد له الثلث من
كل واحد منهما لانه امكن اعتبار التسوية بينهما على طريق
الاجتماع بطريق القيمة لاستوائهما في القيمة فيعطى له من كل
واحدة ثلثها ليقع التسوية بينهم على الجملة وعند ابي حنيفة
له النصف من كل واحدة لانه لا يمكن اعتبار التسوية
بينهم على الاجتماع لان الجواري مختلفة متفاوتة وان كانت
قيمتهن متساوية لتفاوتهن في المعاني الخفية غير مشتركة
ولهذا لا يجوز السلم في الحيوان فاعتبرنا التسوية بينهم على
الانفراد في كل جارية على حدة فشركناه في وصية كل واحد

منها ولو قال سدس مالي لفلان ثم قال ذلك ثانيا فله
سدس واحد لانه ذكر السدس معرفا لا غير قال الله
تعالى ان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فالعسر الثاني
هو العسر الاول وهو المعروف والمعاهد في موضع
الاشهاد وان قال ثانيا له ثلث مال فله الثلث لان الثلث
يتضمن السدس ويندرج فيه

المسئلة

رجل اوصى
لرجل بمائة درهم ثم اوصى له بثلث ماله ما كان سوى الدراهم
من التركة فللموصى له الثلث من ذلك لانه لما اوصى بالدراهم
اولا علم انه اراد بالوصية الثانية الثلث ما سوى الدراهم
ولو اوصى لرجل بمائة درهم ثم اوصى له ولاخر بالف درهم
فلهذا خمسمائة ويدخل المائة فيها لان كل الوصيتين خصتا
نوع مال واحد وهو الدراهم فيدخل الاقل في الاكثر
كما لو اوصى له بمائة ثم اوصى له بالف فله
الالف لا غير وفي الاول الوصية الاولى خصت الدراهم
فيقيدت به والثاني مرسلة مطلقة فانصرفت الى ما سواها
من الاموال ولو اوصى لرجل بعبد واوصى بمال يباع العبد
فيعطى منه فلانا قال ابو يوسف نصف رقبة العبد

بمعنا فرق بين المعرفة والنكرة اذا كررت كان الثاني عين الاول لا غير

للاول ويباع نصفه فيعطى منه الموصى له الثاني ارايت لو
قال يبيعوه ولم يوص بثمنه لاحد لا يكون هذا رجوعا
من الوصية الاولى وهذا الامر باطل لا يباع فكذا هذا
لانه جمع بين وصيتين احدهما بالرقبة والاخرى بقيمتها
وامكن استيفاهما ولو اوصى لرجل بثلث ماله وترك
سته دراهم واوصى لاخر بدرهم اسود من الستة فعلى قياس
قول ابي حنيفة الثلث وذلك درهمان بينهما على ستة عشر
خمسه للموصى له بالدرهم والثاني للموصى له بالثلث لانه يجعل
كل درهم ستة اجزا فصار كلاهما ستة عشر فقد اوصى لصاحب
الدراهم بثلثي درهم خاصة لم يشرك فيه الاخر وذلك
اربعة اجزا ثلثه وذلك اجزان اجتمع فيها وصيتان
لان صاحب الثلث موصى بكل الثلث وصاحب الدرهم
موصى بدرهم كامل فيكون بينهما نصفان فصار للموصى له
بالدرهم خمسة اجزا من الدراهم الاسود واخذ منه للموصى
له بالثلث وله ايضا من كل درهم من البيض ثلثه وذلك
جزوان يكون مجموع ذلك احد عشر جزوا وللموصى له
بالدرهم خمسة فصار الثلث بينهما على ستة عشر وان شئت

احدهما من ثمانيه واربعين فاجعل كل درهم ثمانيه فصار
الكل ثمانيه واربعين ثلث ذلك سته عشر فيقسم الثلث
على نحو ما ذكرناه ولو قال اوصيت بثلث مالي بخراسان
لعبد الله وله بخراسان ثلاثه الاف درهم ثم قال اوصيت
لعبد الله ولفلان بثلث مالي وله بالعراق وذلك
ثلاثه الاف ايضا فلعبد الله ثلث ماله بخراسان وذلك
الف ونصف ثلث ماله بالعراق وذلك خمسمايه ولفلان
نصف الثلث من ماله كله وذلك الف فيقسم ثلث جميع
ماله وذلك الفان بينهما على خمسة اسهم لعبد الله ثلاثه
اخماسه ولفلان خمساه ولو كان له ثلثه اعبد بخراسان
وثلثه اعبد بالعراق قيمه كل واحد ستمايه فثلثه اخماس
الثلث لعبد الله ثلثا ذلك في العبيد الخراسانيه وثلثه
في العبيد العراقيه ولفلان خمسا الثلث في كل فريق
نصفه ك رجل له كيسان في كل واحد منهما مايه وخمسون
درهما واوصى لرجل بثلث ما في هذا الكيس واوصى لاخر
بثلث ما في هذا الكيس فضاع من احد الكيسين مايه ومن الاخر
خمسون فالثلث بينهما نصفان لان وصيه واحد منهما معتبره

من ثلث

من ثلث جميع المال لا من ثلث كل كيس بعينه لانه تقيد الوصيه
بثلث هذا الكيس لا بعينه فصار كانه اوصى لكل واحد
بثلث هذه الدراهم ولو اوصى بثلثين من هذا الغنم [لرجل] وهي مايه
فضاعت الغنم الا الثلث او اوصى له بثلث هذه الدار فاستحق
ثلثاها فالباقي كله له اذا كان يخرج من الثلث لانه
امكن تنفيذ الوصيه في الباقي ك

باب ما يبطل الوصيه وما لا يبطلها ٥

الجامع الصغير ك رجل له ثلاثه اثواب جيد ووسط
وردي فاوصى لكل واحد بثوب معين فهلك واحد ولا
ندري الهالك بطلت الوصايا لان الموصى له صار مجهولا
لا يدري من هو وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية
كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين بكذا وان اصطلحوا جاز
وان سلم الورثه الثوبين جاز ايضا يكون لصاحب الجيد
ثلثا الجيد منهما لانه لا حق له في الردي بيقين ولصاحب
الردي ثلثا الردي منهما لان لا حق له في الجيد بيقين ولصاحب
الاوسط ثلث هذا وثلث ذاك لانه دابر بينهما ك
المنتقى ولو جن الموصى له جنونا مطبقا او صار معتوها

بطلت وصيته لانها بمنزلة الوكالة لانها استنابة واستخلاف
كالوكالة وقد صار في حال لا يجوز انشاوه وهي غير لازمة فبطلت
وصيته وقيل كل وصية لا يصح الرجوع عنها بجنونه لا يبطلها
لانها لا تحتمل الانتقاض وما يصح رجوعه عنها يبطل لانها لا غير
لازمة واغماوه لا يبطل الوصية كما في الوكالة ولو اوصى لرجل
ثم استثنى جميع ما اوصى به فالاستثنا باطل وله جميع ما اوصى
به بمنزلة الاقرار عندهما وقال محمد الاستثنا جايز والوصية
باطلة لان الاستثنا كان رجوعًا عنها لهما ان الاستثنا
ليس برجوع صريحا ولا دلالة لان الموصى قد قصد بالوصية صحتها
واعتبارها لا ابطالها واهدارها لانه قصد بها نيل
الثواب ودفع العقاب وابتغاء مرضات الله تعالى فيحتال
لصحتها ما امكن فابطلنا الاستثنا تصحيحا لها كما في الاقرار

الزيادات

اصله ان الموصى به متى تغير بعد موت
الموصي ينظر ان تغير تغيرًا يوجب بطلان الاسم الذي وقعت
به الوصية وحدوث معنى لم يكن وقت الوصية يبطل لانه يصير
جنسًا اخر غير ما تناولته الوصية وتعلق بحق الورثة فيمنع
تعلق حق الموصى به ولان حق الموصى له لم يتعلق بتلك الزيادة

ولايمكن

ولا يمكن تنفيذ الوصية في الاصل بدون تلك الزيادة فبطلت
الوصية ضرورة وان لم يتغير عن حاله اسمًا ومعنًى فالوصية
ماضية واذا اوصى بالكفرى فصار بسرًا قبل موته تبطل
الوصية لانه تبدل الاسم والمعنى وصار جنسًا اخر ولهذا
يبطل الوكالة وينقطع حق المغصوب منه ولو اوصى برطب
فصار تمرًا لا تبطل الوصية استحسانًا لا قياسًا لان الاسم قد
تبدل بدليل انه اذا كان حلف ان لا ياكل رطبًا فاكل
تمرًا لا يحنث وجه الاستحسان ان الاسم يتبدل ولكن لم
يتبدل المعنى وان المنافع والمقاصد المطلوبة منهما متحد
ولكن بالجفاف فات عنه وصف الرطوبة ولهذا لا يتبدل
الجنس ولا يتغير الذات كما لو اوصى بحمل فصار كبشا او بصغير فصار
كبيرًا ولا يتعلق حق الموصى له بشي لم يكن متعلقًا به بل يبقى
متعلقًا ببعض ما كان متعلقًا به ولو اوصى بعنب فصار زبيبًا
بطلت بخلاف الرطب اذا صار تمرًا والفرق ان العنب
لا يصير زبيبًا الا بصنع العبد اذا ترك على الشجر يفسد ولهذا لو
غصب عنبًا فجعله زبيبًا ينقطع حق المالك فصار صنعه دليل
الرجوع عن الوصية فاما الرطب يصير تمرًا بلا صنع احد ولهذا

لو غصب رطبا فصار تمرا لا ينقطع حق المالك فلم يوجد دليل
الرجوع فيه وهو الصنع فيه ولو كان هذا بعد موت الموصي
لا يبطل الوصيه لان التغير حصل على ملك الموصى له او حقه ولو
اوصى بكفرى فلم يقبضه بعد موت الموصي حتى صار رطبا لا يبعد
بشي لان قبل القسمه التركة مبقاه على حكم ملك الميت ولهذا لو
ظهر دين او وصيه ينفذ منها فالزيادة حدثت في ملك الموصي
كان راضيا بوجود الزيادة فيه للموصى له فلم يتمكن فيه خبث الا
ترى لو حصلت الزيادة في الثلث شارك الورثه الموصى لهُ
في الزيادة ويطيب للورثه مع ان الاصل ملك الموصى له فالموصى
له اولى ان يطيب له

باب الوصيه بالمال ينقص او يزيد بعد الموت

المبسوط ه اصله ان التركة قبل القسمه مبقاه على حكم ملك
الميت حتى ان الزوايد الحادثه قبل القسمه بعد مال الميت حتى
يقضي منها ديونه وينفذ وصاياه لقيام حاجة الميت وعدم
استغنائه عنه فصار كالزوايد الحادثه من المبيع والمهر قبل
القبض حادثه على ملك المالك حتى يصير لها حصة من الثمن
بالقبض لان الاصل يبقى على ملك المالك فكذا هذا ثم المسايل

على

على فصلين احدهما في الزيادة والثاني في النقصان المستصفى
الزيادة الحادثه من الموصى به كالولد والكسب والغلة
والارش بعد موت الموصي قبل قبول الموصى له الوصيه يصير
موصى بها حتى يعتبر من الثلث لانها حدثت بعد انعقاد سبب
الملك للموصى له في الاصل فاذا قبل يستند الملك فيه الى
وقت الموت فدخلت الزيادة تحت الوصيه كالمبيعة اذا ولدت
في مدة الخيار فاجاز من له الخيار البيع يصير الزيادة مبيعة
حتى يصير لها حصة من الثمن ولو حدثت الزيادة بعد قبول
الموصى له قبل القسمه ذكر القدوري انها لا تصير موصى بها
حتى كان للموصى له من جميع المال لانها حدثت على ملك الموصى
له لانه ملك الرقبه والتصرف فيها جميعا فصار كالزيادة
الحادثه من المبيعه بعد القبض وقال مشايخنا يصير موصى بها
حتى يعتبر خروجه من الثلث لانها حدثت قبل تاكد الملك
في الاصل لان ملكه لم يتاكد ولم ينفرد بعد فانه لو هلك
ثلث التركة وصارت الحادثه بحال لا يخرج من الثلث
ماله يكون له الحادثه بقدر الثلث الباقي فصار كالزيادة
المهورة الحادثه قبل القبض تكون مهرا حتى يتنصف بالطلاق

قبل الدخول وقد ملك الرقبة والتصرف جميعا لان ملكها غير
متاكد قبل القبض حتى لو هلكت تهلك على الزوج لا عليها
فان كانت الحادثة والزيادة يخرجان من الثلث يعطى كله
للموصى وان كانا لا يخرجان من الثلث فعند ابي حنيفة يعطى له الحادثة
اولا من الثلث فان فضل له من الثلث شي يعطى له من الزيادة
بقدر ما فضل وعندهما يعطى لك الثلث منهما بالحصص لهما
ان الزيادة متى ورد عليها قبض فانها تصير موصا بها حكما والتحقت
باصل العقد وصارت كالموجود لدى العقد فيعتبر الاصل مع
الزيادة من الثلث كالزيادة المتصلة له ان الزيادة صارت
موصا بها تبعا للاصل لا مقصودا لانها ملكت بملك الاصل لا
بالعقد السابق مقصودا لان العقد لم يرد عليها فلا يجوز
ان يبطل شي من حكم العقد في الاصل باعتبار البيع فيما يتضرر به
احد المتعاقدين من غير ضرورة وفي انقسام الثلث عليهما ضرر
على الموصا له لانه يسلم له الجارية والشركة في الاشخاص
بعد عيب خصوصا في الجواري فيعتبر الحكم في الاصل على وجه
يتضرر به صاحبه فلا يعتبر الانقسام عليهما وفي الزيادة المتصلة
ضرورة لانه لا يمكن تنفيذ الوصية في الاصل بدون الزيادة

فنفذنا الوصية فيهما من الثلث للضرورة هنا امكن تنفيذ
الوصية في الاصل بدون الزيادة فنفذنا الوصية فيهما
من الثلث للضرورة وهنا امكن تنفيذ الوصية في الاصل
دون الزيادة لانها تثبت عن الاصل فلا ينقسم الثلث عليهما
لئلا يؤدي الى تنقيص الاصل فيتضرر به الموصا له رجل
له امة قيمتها ثلثماية ولا مال له غيرها فاوصى بها لرجل ثم
مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصا له فولدت
في يدي المشتري ولدا قيمته ثلثماية درهم ثم جا الموصى له فلم
يجز البيع سلم للمشتري ثلثا الجارية وثلثا الولد للموصا له
ثلث الجارية وتسع الولد وبرد السعاف الى الورثة
لان البيع قد نفذ في حصة الورثة وهي ثلثا الجارية
ولم ينفذ في حصة الموصا له وهي ثلثها فيسلم له ثلث الجارية
ويكون ثلثا الولد حدث على ملك المشتري لانها حدثت
بعد نفاذ البيع وتاكد ملكه وثلثه حدث على ملك
الميت فيكون ذلك من مال الميت لانها حدثت قبل القسمة
والقبض فصار مال الميت يوم القسمة الجارية وثلث الولد وقيمة
ذلك اربعماية فيكون للموصى له ثلث ذلك ماية وثلثة وثلث

وثلث فانه قيمة ثلث الجاريه وثلثه وثلثين تسع الولد فاجعل
كل مائه منها ثلثه اسهم فصار ثلثمائه وهي قيمه الولد تسعه
اسهم سته اتساعه للمشتري وسبعاه للورثه وتسعه للموصى له
وكذلك لو ازدادت الجاريه في يديها فصارت قيمتها ستمائه
فثلثاها للمشتري وثلثا ثلثها للموصى له وثلث ثلثها للورثه
لان مال الميت اربعمائه لان البيع فاسد في ثلثي الجاريه
فحدث ثلثي الزياده على ملك المشتري فبقي مال الميت الجاريه
قيمتها ثلثمائه وثلث الزياده قيمته مائه فصار مال الميت قيمته
اربعمائه فيكون ثلثاها للموصى له وذلك مائه وثلثه وثلثين
وثلث مائه من اصل الجاريه وثلثه وثلثين من الزياده لان قيمه
ثلث الجاريه مائه فان فيكون ثلثاها مائه وثلثه وثلثين وثلث
وثلث ثلثاها للورثه سته وثلثين وثلث **المنتقى**
رجل اوصى لرجل بشاة من غنمه وقد لحقت الاولاد بالامهات
بعد موته فللورثه ان يعطوه شاة بدون ولدها وان قال
شاة من غنمي هذه اعطوه معها اولادها وما حلب من لبنها وجز
من صوفها ان كان قايما وما كان مستهلكا من ذلك فلا يضمن
لان الوصيه تناولت شاة من قطيع معين فيدخل زوايدها

تحت

تحت الوصيه وفي الاول تناولت شاة منكره مطلقه
فلا يدخل الزوايد تحت الوصيه وكذلك لو اوصى بنخله
ولم يقل من نخلي هذه يعطونه نخله دون ثمرتها وان قال
من نخلي هذه وقد اثمرت بعد موته فللموصى له النخله مع الثمر
مصرومه كانت او غير مصرومه ولو اوصى باحدى هاتين الامتين
تولدت احداهما اعطاه الورثه ايتهما شاوا وتبعها ولدها وان قال
اوصيت بجاريه من جواري هولاء او قال بشاة من غنمي
هذه تبعها اولادها الحادثه بعد موت الموصى لا الحادثه
قبل موته لان الوصيه ايجاب تمليك بعد الموت وبعد الموت
الايجاب لا يتناول الزوايد الحادثه قبل الموت فان هلكت
الامهات الا واحده بعد موت الموصى كان حقه في هذه الواحده
وان لم يموت شي من الامهات دفعوا اليه اي الاولاد شاوا واي
ثمر النخل الحادث بعد موت الموصى شاوا لان الزوايد تولدت
من اصل تناوله ايجاب الوصيه وقد اوجب الوصيه في
الاصل باعيانها واجزايها فكذا

باب الوصيه بالرقبه لرجل وبالخدمه او بالثمره لاخر

المبسوط ٥ ولو اوصى بخدمه عبده سنه لرجل والعبد يخرج

مز الثلث خدمه سنه و ان لم يخرج من ثلثه خدم الورثه
يومين وله يوما حتى يستكمل السنه لان الوصيه بالمنفعه كالوصيه
بالرقبه لان المنفعه مال كالعين فصار كالمريض اذا اجل دينا
له يعتبر الاجل من الثلث لان الاجل يعني المال والمنفعه اول
وان اوصى بخدمة عبده سنة معينه فهي سنه كذا فمضت
تلك السنه قبل موت الموصي بطلت الوصيه فكذا هذا وان
مات الموصي بعد مضي بعض تلك السنه يستخدمه فيما بقي لانه هلك
بعض الموصى به وبقي البعض فان مات قبل مضيها يستخدمه
السنه كلها ان كان يخرج العبد من الثلث وان لم يخرج
يخدمه يوما والورثه يومين في تلك السنه ولو اوصى
بسكنى داره سنه فان كان يخرج من الثلث سكنها سنة
وان لم يخرج واحتملت القسمه يسكن ثلثها والورثه ثلثيها
الا ان يبيعا لان مهما امكن قسمه الدار بالسكنى
لا يصار الى قسمة السكنى بالتهاي لما فيه من زوال يد كل واحد
منهما عن الدار في نوبة الاخر فوجب قسمه عين الدار حتى لا
يزول يد الموصى له عما اوصى به في وقت ما ولو اوصى
بغلة داره او بعبده سنه ولا مال له سواه كان له غلة تلك

سنه

لان الموصى به وهو منافع العبد في
تلك السنة قد هلكت بعضها فصار
كما لو هلك العبد الموصى برقبته قبل
موت الموصي بطلت الوصية ع ح

السنه لما بينا ولو كان له ثلثه اعبد واوصى برقبه احدهم
لرجل وقيمته ثلثمائه وبخدمه الثاني لاخر وقيمته خمسمائه
وقيمه الثالث الف جاز لكل واحد ثلثه ارباع وصيته
يعطى لصاحب الرقبه ثلثه ارباعها ويخدم لصاحب الخدمه
ثلاثه ايام وللورثه يوما لان الوصايا تجاوزت الثلث
لان ثلث المال ستمائه والوصايا كانت ثمانمائه فكان
ثلث المال ثلثه ارباع الوصايا ولو مات العبد الذي يخدم
كان العبد الموصى برقبته لصاحب الرقبه كله لان وصيه
صاحب الخدمه بطلت بموت الموصى به وبقيت وصيه صاحب
الرقبه وتلك الرقبه تخرج من ثلث الميت وكذلك لو مات
العبد الموصى برقبته يسلم لصاحب الخدمه جميع خدمه العبد
وكذلك لو اوصى بثلث كل واحد لرجل وقيمتهم سواء وبخدمه
احدهم كان الثلث بينهم على خمسة لان حق الموصى له بالخدمه
مقدم على حق صاحب الرقبه لانه لم يفرغ عن خدمته لا يسلم
لصاحب الرقبه وكانت الوصيه بالرقبه موخره عن الوصيه
بالخدمه فلا يضرب صاحب الرقبه بالعبد الموصى بالخدمه
وكان حق صاحب الرقبه ثلث رقبتين من كل رقبه ثلثها وذلك

سهمان وحق صاحب الخدمة في رقبة كاملة وذلك ثلثة
اسهم فيقسم الثلث بينهما على خمسة ولو اوصى بثلث ماله لرجل
وبخدمه احدهم لاخر تضاربا وكان لصاحب الخدمة نصف
العبد الموصى بخدمته ولصاحب الثلث نصف عبد ثلث ذلك
النصف في كل عبد لانه اوصى له بثلث كل رقبة وبثلث منافع
كل رقبة لان المنفعة مال كالرقبة وقد اوصى له بثلث المال
واسم المال يتناول المنفعة فقد اجتمع فيه وصيتان وصية
بجميع المال ووصية بثلث الخدمة للموصى له بالثلث فيستحق
الضرب بالثلث والاخر يستحق الضرب بالكل نظيره لو كان
له ثلاثة اعبد قيمتهم سوا فاوصى بثلث ماله لانسان وبعبده
بعينه لاخر على ما بان بخلاف الفصل الاول لان ثمة
اوصى له بثلث الرقاب واسم الرقبة لا يتناول الخدمة والمنفعة
لان الرقبة اسم عين واسم العين لا يتناول المنفعة فكان ذلك
وصية له بثلث الرقبة بلا منفعة وبالمنفعة لاخر فلا يستحق
الضرب في تلك الرقبة في الحالة **فصل** ولو
اوصى بخدمته له وبرقبته لاخر وهو ثلث ماله خدمة ما دام حيا
فان مات كان لصاحب الرقبة لان الوصية بالرقبة بعينه لانها

تابعة نافعة للموصى له في الجملة لانه يعود منفعته اليه متى مات
صاحب الخدمة او كانت امة فولدت فولدها لصاحب الرقبة
وكذلك الغلة والكسب له ولما كانت نافعة فيه له وقعت
صحيحة ولو اوصى بدابة لرجل وبظهرها لاخر ركوبها وتحملها
فهي مثل العبد لانه اوصى بالرقبة لاحدهما وبالمنفعة لاخر
وان اوصى بخدمة عبده وبغلته لاخر خدمه شهرا واغله لاخر
شهرا هكذا الى ان تمضي مدة الخدمة لانه اوصى لاحدهما
بالمنفعة ولاخر ببدل المنفعة فصار كانه اوصى كل واحد بجميع
الرقبة ثم جعل المهايا هنا بالشهور لا بالايام لان العبد
في الغالب لا يستاجر كل يوم وانما يستاجر شهرا وليس
للموصى له بالسكنى او بالخدمة ان يواجر الدار والعبد خلافا
للشافعي بناء على ان من ملك المنفعة بغير بدل لا يملك تمليكها
ببدل الا باذن مالك العين وعنده يملك كما في المستعير
ولو كان الموصى بالكوفة ومات فليس للموصى له بالخدمة ان
يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون اهله في غيرها فيخرجه
الى اهله فيخدمه هناك لان في الاخراج ضررا بالورثة لان
العبد ملكهم وصيانة ملكهم وحفظه اليهم وكذا ضرر بالعبد

لان الخدمة في السفر اشق على العبد واضر به من الخدمة في الحضر
والموصي لا يريد زيادة بالورثة وبعبده من غير فايده فيتقيد
الوصيه بالوطن عرفاً والموصى له لا يملك استخدامه الا في
وطنه وعند اهله فيكون الموصي في هذه الحالة اذناً له
بالاخراج دلالةً وان كان العبد لا يخرج من الثلث لا يكون له
ولاية الاخراج لانه لا حق له في كل العبد ولا يجوز قسمة
صاحب الغلة الورثة فان اقتسموا فاعل بعضها اشتركوا فيه
ان لم يكن له مال سوى النخل لان رقبة النخل والبستان
ملك الورثة لا شركة لصاحب الغلة فيها ومحل القسمة مال
مشترك فكانت قسمة النخل والبستان باطلة وكذا الغلة
لانها معدومة ولو صالح صاحب الغلة والخدمة او السكنى
مع الورثة على شي اخر جاز وبطلت وصيته لان الصلح عن الحقوق
جايز وان كان لا يجوز بيعها لانه اسقاط حقه بعوض ولو
اشترى الموصا له الرقبة من الورثة جاز وبطلت وصيته لانه
ملك الموصى به بالشرى ولو جنى العبد فالفدا على المخدوم
لان المقصود من ملك الرقبة المنفعة والموصى له بالرقبة لا ينتفع
بملك الرقبة مادامت الوصيه بالخدمة قايماً وكان ملك

رقبته

الرقبة قايماً صورة فايتاً معنىً والمنفعة سالمة لصاحب
الخدمة وكان الملك ثابت له معنى مخاطب له بالفدا كالمالك
فان مات رجع ورثته بالفدا على صاحب الرقبة لان المنفعة
صارت له بموت صاحب الخدمة وهو كان مضطراً الى الفدا
لاحياء حقه في الخدمة والجناية كانت متعلقة برقبة العبد
والرقبة صارت سالمة لصاحب الرقبة كالا رقبة ومنفعة
وتصرفاً ومن قضى دين عبده وهو مضطر فيه كان له الرجوع بما
قضى وان ابى صاحب الرقبة بيع العبد فيه وكان من له الدين
في عنقه لانه بالاباء صار مختاراً للدفع وبالاباء والرضى
بالدفع منه يكون رضا بازالة العبد عن ملكه فيجوز ازالته
بالبيع ولو ابى المخدوم ان يفدي يفدى صاحب الرقبة او دفع
وبطلت وصيه المخدوم لان صاحب الرقبة لا يملك الدفع
الا برضا المخدوم لان في الدفع بطلان حقه فيقال لصاحب
الخدمة امن فاذا ابى الفدا مع علمه انه لو لم يفده يدفعه
صاحب الرقبة او يفديه صار راضياً بابطال وصيته فملك
دفعه واذا دفع استحق عليه العبد ومتى فداه استحق بيعه
بالدين فيبطل الوصيه ولو جنى على الخادم جناية لا ينقص الخدمة

كان الارش لصاحب الرقبه وكذلك ما يوهب للخادم
او مكسبه لانه بدل بعض الرقبه والرقبه له وحق صاحب
الخدمة باق بكماله فلا حق له في بدله ولو نقصت الخدمة يشترى
بالارش خادم يخدمه فان لم يبلغ ثمن خادم بيع الاول وضم
ثمنه الى الارش فيشترى به خادم توفيرا وتكميلا لحقه ولو
اصطلحا في الارش ان يقتسماه جاز له كما يجوز للموصى له بالخدمة
ان يصالح الورثه عنها على مال لان الاعتياض عن اسقاط
الحقوق جايز وان كان لا يجوز تمليكها لانه اعتياض عن اسقاط
الحق فكذا هذا ولو قتل الخادم عمدا لم يقتل القاتل ما لم
يجتمعا لما مر في الديات وان اختلفا ضمن القاتل قيمته يشترى
بها اخر لان من له القصاص مالك الرقبه وقد صار ممنوعا عن
استيفا القصاص لحق صاحب الخدمة لان في استيفا القصاص
بطلان حقه فيجب الديه له ولو اوصى بخدمة عبد لرجل برقبته
لاخر ولا مال له غيره فاعتقه صاحب الرقبه وهو موسر
يغرم قيمته فيشترى بها عبدا يخدم للورثه يومين وللموصى له
بالخدمة يوما فاذا مات صاحب الخدمة صار ثلث العبد المشترى
لصاحب الرقبه وثلثاه للورثه وان كان المعتق معسرا ضمن حصته

كالاعتياض عن حق الشرب والمرور وان كان لا يجوز تمليكه ع

على كل

على كل حال وهي ثلث قيمة العبد ويسعى العبد في ثلثي رقبته
للورثه ويشترى بذلك عبدا يخدم الورثه والموصى له بالخدمة
حتى ينقضي حق الخدمة ثم العبد يكون بين الورثه وصاحب
الرقبه اثلاثا ك رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما
ثلثمايه ولا مال غيرهما فاوصى بخدمة احدهما بعينه لرجل سنه
ثم يعتق العبد بعد السنه واوصى بخدمة الاخر سنتين لاخر
فانه يخدم كل واحد من العبدين صاحب الوصيه يوما وللورثه
يومين ثلث سنين فاذا مضت ثلاث سنين من يوم مات
الموصى يعتق السيد الموصى بخدمته منه وسقط عنه ثلث قيمته
مايه ويسعى في مايتين لانه موصى له بالعتق لان ثلث جميع
المال وذلك مايتان بينه وبين الموصى له بخدمة العبد الاخر
نصفين للمعتق نصفه مايه وان لم يخرج السعايه خدم العبد
الاخر للورثه اربعة ايام وللموصى له يوما وان خرجت
السعايه ما سن خدم العبد وان خرج من السعايه مايه
يخدم للورثه احد عشر يوما وللموصى له اربعة ايام لان للموصى
خمس اربعمايه في العبد لان حقه في نصف الثلث وذلك
سهم من سته وللورثه اربعه ومال الميت هاهنا العبد

للورثة يومين وللموصى له يوما م

للثمانية والسعاية مائة فخمس ذلك ثمانون نضرب بذلك صاحب
الخدمة في العبد ونضرب الورثة للاخر للورثة يومين وللموصا
له يوما بمائتين وعشرين فاجعل كل عشر سهمًا فيصير للثمانية خمسة
عشر سهمًا ك ابن سماعة عن محمد اوصى لرجل بامة ولاخر بما في
بطنها ثم مات فباع صاحب الامة الامة فان اجاز صاحب
الولد البيع جاز ولا شئ له من الثمن لان الولد قد خرج من الثمن
لانه لم يرد عليه البيع لانه ليس بمحل للبيع فان ولدت قبل ان
يقبضها المشترى لم يجز البيع ابدًا لان البيع وقع ولا حصة
للولد من الثمن فلا يجوز ان يصير له بعد ذلك حصة من الثمن
اذا ولدته قبل القبض ولا بد ان يكون له حصة من الثمن لانه
يصير مبيعًا متى ورد عليه القبض وقد امتنع ذلك فبطل
البيع ك رجل اوصى لرجل بشاة ولاخر برجليها قال ابو
حنيفة اذا خرجت من الثلث فهي لصاحب الشاة ولا شئ لصاحب
الرجل لان اسم الشاة تتناول الابعاض كلها وان اوصى
مع ذلك بيدها الاخر وبالاهاب الاخر قال تذبح الشاة
ويعطى صاحب اليد يده والاخر رجل والاخر اهابه في والبا
لصاحب الشاة ولو اوصى لرجل بدار ولاخر بجذع من جذوعها

لم يخرج من ملك صاحبه بالاجازة في الولادة ولم يرفقا بالبيع فيه صح

او باجر منها وهو خرج من الثلث وكان اذا هدم يضر بالموصا
له بالدار يسلم ذلك لصاحب الدار ويضمن قيمة ذلك للاخر
لان في هدم البناء ضرر بصاحب الدار وفي قطع حق الاخر عن
عين الموصى به الى قيمته اقل ضرر فيحمل ادنى الضررين لدفع اعلاهما
بخلاف المسألة المتقدمة لانه ليس في ذبح الشاة ضرر بصاحب
الشاة فيذبح ليصل كل واحد الى حقه ك الزيادات
لو قال اوصيت بالعبد لفلان وبخدمته لفلان وبالدار
لفلان وببنائها لفلان او بالبستان لفلان وبثمره لفلان
او بالقوصرة لفلان وبالتمر لفلان او بالجارية لفلان وبالولد
لفلان وكذلك الخاتم مع الفص كان لكل واحد ما اوصى
له به اذا قاله موصولًا وان فصل فالدار والجارية والقوصرة
والخادم للموصى له بها والبناء والتمر والولد والفص بينهما نصفان
لان اسم الدار والجارية والقوصرة والخاتم اسم عام يتناول
ما هو من اجزائها ومظروف فيها فكان افراد البيع والجزء
المظروف بالوصية تخصيصا للعام وتخصيص العام يصح موصولًا
لا مفصولًا فاذا فصل لم يكن تخصيصا عن عموم الايجاب الاول
بقي عموم ايجاب الاول وصح الايجاب الثاني ايضًا لانه ليس من

ضرورة ايجاب الوصيه للثاني الرجوع عن ايجاب الوصية
للاول فوقع التعارض بين الايجابين في هذه الاشيا الاربعه
فيثبت التساوي بينهما في الاستحقاق كما لو اوصى بعين لــ زيد
ثم اوصى بها لعمرو صح ويكون بينهما الا في الخدمة والثمرة فكلها
للثاني وكذلك الدار والسكنى والعبد والغلة لان اسم
الدار لا يتناول السكنى واسم البستان لا يتناول الثمرة
واسم العبد لا يتناول غلته وخدمته وانما يملكها صاحب الاصل
بملك الرقبه لا بالوصيه وانما يملكها بملك الرقبه اذا كانت
فارغه عاريه عن حق الغير فاذا اوجب فيها وصية للغير
كانت للموصى له لا تعارض في الايجاب فيها بل افردها بالايجا[ب]
والتمليك

باب الوصيه بالنفقه

المبسوط ٥ ولو اوصى بان ينفق على رجل كل شهر اربعه دراهم
من عرض ماله وعلى اخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال
له سوى البستان فان الثلث بينهما نصفان لان الوصيه
بالنفقه بمنزلة الوصيه بجميع المال لانه يصير جميع الغلة
ممنوعا عن الورثه حتى يموت الموصى له بالنفقه فكان كل
واحد منهما موصًا له بجميع البستان فيجوز بقدر الثلث بينهما

لاستوا

لاستواحقهما فيباع سدس البستان ويوضع ثمنه على يدي
ثقه وينفق للموصى له بالاربعة كل شهر اربعه لانه موصا
له بالنفقه من عرض ماله حتى ينفد ذلك فان ماتا وقد بقي
شي من ذلك يرد على الورثه فاذا ماتا قبل الانفاق فقد ماتا
قبل تنفيذ الوصيه فبطلت وسدس البستان يترك كذلك
وينفق من غلته على الموصى له بالخمسه كل شهر خمسه دراهم
ولو قال على فلان اربعة وعلى رجلين خمسة كان لهما السدس
وللمنفرد السدس لانها وصيتان كل واحدة وصيه بجميع
المال لان الانفاق ربما ياتي على جميع المال فقد استويا في
الوصيه فيستويان في الاستحقاق ولو اوصى بان يواجر ارضه
من فلان عشر سنين كل سنه بمايه واجر مثلها مايتان جاز له
من الثلث كما في البيع لان الاجارة بمعنى البيع لانها تمليك الرقبه
ولو اوصى بان يباع داره من رجل بالف وان يقرض رجل
بالف درهم سنه واستهلك الورثه الغير سوى الدار
فبيعت بالف وهي تساويها فهي لصاحب القرض سنه ثم هي
للورثه لان الورثه استوفوا نصيبهم باستهلاك الغير فبقيت
الدار للموصا له بها فيباع من الموصا له بالبيع اولا بالف

ثم تؤخذ منه الف ويقرض الموصى له الاخر والتأجيل في القرض
يصح حالة الحياة لكنه غير لازم حتى يملك المقرض ابطاله ويأخذ
ماله لانه عدة ان يترك المال في يده لينتفع به زمانا فكان (وعدة)
له ان يرجع لانه وعد بتمليك المال في ازمنة فله ان لا يملك
والتأجيل بعد الموت يصح لازم ضرورة لان الميت لا يقدر على ابطاله
والورثة ليس لهم حق الابطال لانه لم يثبت حقهم في القرض
حتى يتصرفوا فيه بابطال التأجيل فلزم ولهذا اذا اوصى بخدمة
عبده سنة يصح فان كانت هذه اعارة والاعارة غير لازمة
حالة الحياة ولكنها صارت لازمة بعد الممات فكذا هذا
ولو اوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم وثلث ماله
لاخر وهو كل ماله ولم يجز الورثة كان ثلث العبد بينهما نصفان
عند ابي حنيفة وعندهما على اربعة ثلثه لصاحب الدراهم وسهم
لاخر وهذا بناء على ان الوصية بغلة عبده شهر بدرهم
وصية بكل الغلة لان الوصية ربما تستغرق كل الغلة
ثم عند ابي حنيفة الموصى له باكثر من الثلث لا يستحق الضرب
الا بالثلث والاخر كذلك فيقسم الثلث بينهما نصفان لكل
واحد سدس من الكل فيستغل العبد من كل ستة ايام يوما

وعندهما

وعندهما الموصى له باكثر من الثلث يستحق الضرب بالكل يضرب
الموصى له بالغلة بثلثة اسهم والموصى له بالثلث سهم فيقسم
الثلث بينهما ارباعا **الجابع** اصله ان الوصية بالنفقة
كل شهر مالا مقدرا بمنزلة الوصية بجميع المال معنى لان
الوصية بالنفقة ربما تستغرق جميع مال الموصى بان عاش
الموصى له مدة مديدة او ربما يهلك ويتوى شي من المال فيصير
الباقي مستغرقا بالنفقة الا اذا كانت الوصية مقدرة بالثلث
كانت بمنزلة الوصية بثلث ماله ولا ينفذ الزيادة على الثلث ثم
المسايل على قسمين احدهما اذا كانت الوصية بالنفقة مطلقة
عن الثلث والثاني اذا كانت مقيدة بالثلث **اما** القسم
الاول لو اوصى بثلث ماله لرجل ولو اوصى لاخر ان ينفق عليه
ما عاش كل شهر خمسة دراهم فاجازت الورثة فلصاحب الثلث
سدس المال ويوقف خمسة اسداسه على صاحب النفقة
وينفق كل شهر عليه خمسة دراهم وان لم يجز الورثة فالثلث
بينهما نصفان عند ابي حنيفة وعندهما ان اجازت الورثة يوقف
ثلثة ارباع المال والربع للاخر وان لم يجز الورثة يوقف
ثلثة ارباع الثلث لان الموصى له بالنفقة موصى له بجميع المال

ولو اوصى بجميع ماله لانسان وبثلثه لاخر فعند ابي حنيفة يقسم
المال على سبيل المنازعة وعندهما على سبيل العول والمضاربة
فنخرجهما وهو ان يضرب كل واحد منهما في المال بجميع حقه
فيجعل المال على ثلثه فاحتجنا الى الثلث فالموصى له بالجميع يضرب
بثلثه وللموصى له بالثلث يضرب بسهم فيصير جميع المال
او الثلث بينهما على اربعة ثلاثة ارباعه لصاحب الجميع بلا منازعة
بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين فانكسر
الحساب بالنصف فاضعف لنزول الكسر فيصير ستة لصاحب
الجميع اربعة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهما فيهما
فكان لكل واحد سهم فان لم يجز الورثة بقيت الوصية بالثلث
وقد استوت منازعتهما فيه فيكون الثلث بينهما فان مات
ولم يستكمل الخمسة الاسداس اكمل للاخر تمام الثلث وما بقي فهو
لورثته لان حقه في الثلث يوم مات الموصي الا انه نقص حقه
عن الثلث لمزاحمة الاخر فاذا زالت المزاحمة بموت الموصى
له بالنفقة كمل حقه كما لو لم يقبل الموصى له بالنفقة الوصية
وان لم يجز الورثة وقد مات الموصى له بالنفقة فما وقف فلصاحب
الثلث عند ابي حنيفة لانه ربما يهلك شيء مما وقفنا عليه مقدار ما يعلم

ان مثله مما لا يعيش الى تلك المدة فيحتاج الى ان يسترد الباقي
فيوقف خمسة اسداس المال ونصف ثلثه حتى لا يحتاج الى
الاسترداد دفعا للمسافه وعندهما ان مات قبل ان يستكمل
ثلثه ارباع المال يكمل الموصى له بالثلث مما بقي ويرد الباقي
على الورثة ولم يجز الورثة ومات قبل ان يستكمل ثلثه
ارباع الثلث فانه يرد الباقي الى صاحب الثلث لما ذكرناه
ولو اوصى بان ينفق على فلان وفلان كل شهر عشرة فهذا
والاول سواء لان الوصية هنا متحدة لانه لم يذكر بلفظة
الوصية لكل واحد منهما على حدة وانما الموصى له متعدد
والمزاحمة في الثلث انما يزداد بزيادة الوصية لا بزيادة
الموصى له كما لو اوصى لرجل بثلث ماله واوصى لرجلين بجميع
ماله فالوصية لهما واحدة في حق المزاحمة للموصى له بالثلث
ولو قال اوصيت لفلان بثلث مالي واوصيت ان ينفق
على فلان كل شهر كذا او اوصيت ان ينفق على ثالث كل
شهر كذا ولم يجز الورثة فثلث الثلث للموصى له بالثلث ويوقف
على كل واحد من الاخرين ثلث الثلث لانه اجتمعت في الثلث
ثلث وصايا واستوت منازعة الكل فيه فيقسم الثلث

بينهما اثلاثا وان مات احدهما وبقي من حصته شيء فهو بين
الاخر وصاحب الثلث نصفان لان كل واحد منهما موصًا بجميع
الثلث وان اجازت الورثه يقسم جميع المال بينهم على تسعة
اسهم لان الموصى له بالثلث لا يدعي اكثر من الثلث فما زاد
على الثلث وذلك سهمان للموصى لهما بالنفقه بلا منازعة
بقي سهم استوت منازعه الكل فيه فيكون بينهم اثلاثا انكسر
بالثلث فاضرب اصل الفريضه وذلك ثلثه في مخرج الكسر
وذلك ثلثه فيصير تسعه للموصى لهما بالنفقه سته بلا منازعة
بقيت ثلاثه استوت منازعتهم فيها فيكون لكل واحد
منهم فيوقف ثمانيه اسهم للموصى لهما وعندهما ان اجازت
الورثه يقسم جميع المال على تسعه وان لم تجز فالثلث على تسعة
لان لكل واحد من الموصى لهما بالنفقه يضرب بالجميع ثلثه
ثلثه فيكون سته ويضرب الموصى له بالثلث بسهم فيصير
جميع المال على تسعه سهم لصاحب الثلث وسته يوقف
عليهما ك واما القسم الثاني ولو اوصى ان ينفق
على فلان من ثلثه كل شهر اربعة وان ينفق على فلان وفلان
من ثلثه كل شهر عشرة فاجازوا يوقف ثلث ماله على صاحب

الاربعه وثلث آخر على صاحبي العشرة بينهما لان الموصي قصر
وصيه الموصى له المفرد بالنفقه على الثلث فلا يتعدى وصيته
عن الثلث وكان موصى له بجميع الثلث لان وصيته قد تستغرق
جميع الثلث وقد جمع الاخرين في وصية واحدة ولم يفرد
كل واحد بوصية فيوقف ثلث المال على الموصى له المفرد
ويوقف الثلث للموصى لهما بالجميع وان مات احد صاحبي
العشرة وقف ما بقي من نصيبه على شريكه وان مات شريكه
او مات صاحب الاربعة فما بقي منه للورثه لانه استوفى كل
واحد تمام حقه وهو ثلث المال فيرد الفضل الى الورثه
وان لم يجيزوا وقف نصف الثلث عليهما ونصفه على صاحب
الاربعه ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان يوقف
عليه وينفق عليه كل شهر ما عاش يسلم الثلث الى الموصى له
يفعل فيه ما شاء لان هذه وصية تمليك لا وصيه انفاق
لانه اضاف الثلث اليه بلام التمليك ولهذا لو اقتصر على قوله
ثلثي لفلان يكون تمليكا وقوله وينفق عليه كل شهر كذا يحتمل
ان يكون رجوعا بما زاد به ان يوقف الثلث على ملكه وينفق
عليه فيكون هذا رجوعا عن وصية التمليك ويحتمل انه اراد

به ان يوقف على ملك الموصا له وينفق عليه فيكون مشوره
ولا يكون رجوعًا بل شرط عليه ان يمسكه ولا يزيله عن ملكه
فلا يجب مراعاة هذا الشرط لانه شرط عليه شرطًا في ملكه
واذا كان محتملًا فلا يثبت الرجوع بالشك فبقيت وصيّة
تمليك ولو اوصى بان ينفق من ثلث ماله على فلان كل
يوم عشره يوقف الثلث ولا يعطى كله لان هذه وصيّة شهر
انفاق لا وصيه تمليك لانه لم يملك الثلث من فلان لانه لم ينو
به بلام التمليك فصح شرط التوزيع لانه تصرف في ملك
نفسه ولو اوصى ان يحج عنه من ثلثه كل سنه بمايه احجوا في
سنه واحدة وكذلك عتق النسمه والصدقه على المساكين
بخلاف ما لو اوصى بان يعطي فلانًا من الثلث كل سنه مايه
فانه يوزع الاعطا على السنين والفرق ان في الاول
الامر بالتوزيع غير مفيد لانه لا يتصور ان يفضل شي من وصيته
حتى يعود الى الورثه فينتفعون به فان الحج والصدقه مما يتسع
اباد الدهر الى انقراض الدنيا فلم يكن في التوزيع فايدة
بل فيه ضرر فانه متى وقعت الفتنه ثم توى شي من المال
قبلا فاتته هذه القربة فانه يجب اعانة هذه الفتنة واخراج

ثلث

ثلث ما حصل للورثه واذا صرف كله للوصيه في اول السنه
لا يلحق الورثه هذه المضره ويلحق الموصي ايضا مضره وخسارة
فانه ربما يتوى الباقي فاما المال يعرض التوى والتلف
وان لم يتلف بقطع طريق الحج فلا يصل الى الموصي ثواب الجميع
ومتى تعجل يصل اليه ثواب الجميع فكان التعجيل احوط واحق
وفي الباقي الامر بالتوزيع على السنين يفيد في حق الورثه
بان يموت فلان قبل ان يستكمل وصيته من الثلث فيبقى
من الثلث شي يعود الباقي الى الورثه فوجب اعتباره وان
كان لا يفيد في حق الموصي لانه ربما يتوى الباقي قبل تنفيذ
الوصيه فيه فلا يصل اليه ثوابه ولكن اذا كان الشرط
مفيدًا في حق الورثه يجب اعتباره لان الموصي هو الذي اضر
بنفسه باشتراط هذا الشرط ٥ باب
الوصيّة بالصدقه ٥ المنتقى ٥ ابن سماعه عن محمد
لو اوصى بان يتصدق بهذه الالف فتصدق الوصي بالف
اخرى من مال الميت واخذ هذه مكانها للورثه جاز ولو لم
يقبض الالف الموصى بها للورثه حتى ضاعت ضمن للورثه
مثلها لان الوصية قد بطلت بهلاك الموصى به وقد قبض الوصي

الفا من مال الورثة بغير اذنهم ولم يعوض مكانها وروى
ابن سماعة عن محمد لو اوصى ان يتصدق عنه بهذه الالف او
بهذا الثوب او اهدى عنه بهذه البدنة لم يكن للوصي ان
يتصدق بقيمته وقال عقيب هذه المسألة لو اوصى ان
يتصدق عنه بهذا الثوب او بهذا العبد او بهذه الدار فللوصي
ان يبيع ويتصدق بثمنه وليس له ان يمسكه للورثة ويتصدق
بقيمته الا ترى انه لو قال تصدقوا بثلث مالي وله دور وارضون
فللوصي ان يبيعها ويتصدق بثمنها وذكر الفقيه ابو الليث
في نوازله المختار انه يجوز دفع القيمة في الوصية بالصدقة
لان دفع القيم في باب الزكاة والصدقة جائز فكذلك
في الوصية بالصدقة ولو قال تصدقوا عني بهذه العشرة
على عشرة مساكين فتصدق على مسكين جاز لان الصدقة
قربة وقعت لله تعالى والمساكين مصارف الصدقة فصار
نظير الزكاة وروى الحسن عن ابي حنيفة وابن سماعة
عن ابي يوسف انه لا يجوز لان امر العبد ينفذ بالشرط صورة
ولا يراعى فيه المعنى لما بينا في الزكاة ٥ رجل وكل رجلا
ان يتصدق عنه بهذه الالف فغصب الوكيل من رجل الفا وتصدق

بها عن الوكيل ثم ادى الف الموكل مكانها جاز لان باداء الضمان
ملك الالف المضمونة من وقت الغصب فظهر ان الوكيل
تصدق بها وهي مملوكة للامر ولو قال لله علي ان اتصدق
عن فلان بهذه الدراهم فان كان فلان ميتا فعليه ان يتصدق
بها عنه وان كان حيا لم يجز ان يتصدق عنه الا بامره لانه
متى تصدق بها عنه بغير امره وقع عن المتصدق لا عنه ٥
الفتاوى ولو امر اخر ان يتصدق بشيء من ماله
ودفع اليه فتصدق الوكيل على ابيه او ابنه جاز بالاجماع
لانه لا تهمة في الصدقة بخلاف البيع لا يجوز لان البيع مبادلة
فيجري فيه التهمة ٥ ولو اوصى بان يتصدق بثلث ماله فغصب
رجل المال من الوصي واستهلكه واراد الوصي ان يجعل
ذلك صدقة عليه والغاصب مقر به قال ابو القاسم
الصفار اجزأه وسئل محمد عمن اصاب متاعا حراما واوصى
بان يتصدق به عن اصحاب المتاع قال ان عرف صاحبه
رد عليه وان لم يعلم يتصدق به فان كذب الورثة مورثهم
في هذا الاقرار يتصدق من ذلك بمقدار الثلث وذكر
في اقرار الاصل اذا قال في مرضه هذا المال لقطة وكذبه

الورثة قال محمد لا يتصدق به وهو من الثلث عامل السلطان
اوصى بان يعطى من ماله كذا قال الفقيه ابو الليث ان كان
مال الغير مختلطا بماله تنفذ مما لا يملكه بالخلط بل هو باق على ملك
مالكه فلا يجوز اخذه اذا كان في بقيه مال الميت وفاء بمقدار
ما ارضاه خصماءه سيل ابو بكر الاسكاف عن رجل اوصى ان
يشترى اربعين قفيزا من حنطة بمائة درهم فيتصدق بها على
المساكين فرخصت الحنطة حتى يوخذ بمائة درهم ستين قفيزا
قال يجوز ان يشترى بالفاضل حنطة ايضا فيتصدق بها
ويجوز ان يرد الفاضل على الورثة قال كذا رواية عن ابي
يوسف

باب الوصية بالعتق وبالرقبة للعبد

المبسوط فيه فصول احدها في الوصية
بالعتق والثاني في تعليق العتق بموت الموصى والثالث في الوصية
بالرقبة للعبد والرابع في الزوايد هل تدخل في الوصية
بالعتق

فصل ولو اوصى بعتق عبده لم يعتق الا ان
يعتقه الورثة وله الرجوع قولا وفعلا وصى بالوصايا لان
ذلك امر بالاعتاق فلا يتبع بدون الاعتاق ولو قال هو حر
بعد موتي بيوم او بشهر فمضت المدة فعلى رواية ابن سماعة عن

(في الهامش: وعند ابي حنيفة يملكه بالخلط)

محمد

محمد انه لا يعتق الا باعتاق الورثة او الوصي لان العتق مضاف
الى ما بعد الموت والموصى لا يملك الاعتاق بعد الموت لانه
يصير ملكا للورثة عقيب موت الموصى بلا فصل وفي ظاهر
الرواية يعتق من غير اعتاق الورثة وهو قول مالك والشافعي
لان قوله انت حر انعقد سببا للعتق للحال لان اللفظ صالح
لانشاء العتق واباءه الا انه تاجل حكمه الى ما بعد مضي المدة
باعتبار الاضافة لان الاضافة لا تمنع انعقاد السبب للحال
لانه ليس بشرط مانع داخل على السبب كما في التعليق بالشرط
لكنه تاجيل وتاخير لحكم السبب كما لو قال انت حر بعد
موتي فاذا امضت المدة عتق باعتاقه السابق الصادر منه عن
اختيار ولهذا لو اعتقه الورثة قبل مضي المدة عتق باعتاقه
يقع العتق عن الميت لا عنهم وكل عتق لا يتاخر عن الموت
فهو متقدم على ساير الوصايا لانه عتق نافذ لا يحتمل الانتقاض
وساير الوصايا ليست بنافذه لازمه وهي قابلة للفسخ وما هو
نافذ لازم اقوى واكد مما هو غير لازم قابل للفسخ فيقدم
الاقوى على الادنى كالدين مع الوصيه وكل عتق تعلق بموت
بعد الموت او بفعل فانه يحاص ساير الوصايا لان العتق المعلق

غير منفذ تارك ويحتمل الانتقاض بعارض بان جنى العبد يدفع
بالجنايه ولو لحق الميت دين يباع فيه فقد تساويا في القوه فتحاصا
في الثلث والمقاسمة ولو اوصى ان يعتق عبده اعتق وان اكره
العبد ويسعى ان لزمه شي لان العتق اسقاط محض لا يرتد
برد العبد فلا يعتبر ابا العبد كما لو اعتقه الموصى مع كره
منه ولو اعتقه بعض الورثه عن نفسه او علق عتقه بدخول
الدار فدخل عتق عن الميت وكذلك لو اعتقه على جعل
يعتق عن الميت بلا جعل لان الوارث لا يملكه الموصى بعتقه
فلغت اضافه العتق الى نفسه وبطل الجعل وبقي قوله اعتقته
فيعتق عن الميت **فصل** ولو قال ان حدث
بي حدث في مرضي هذا فهو حر فحدث به ذلك بدي بالعتق
قبل الوصيه لانه عتق عقيب موته بلا فصل فكان عتقا منفذا
لازما فيكون مقدما على ساير الوصايا واذا اعتق امته في مرضه
ولا يخرج من الثلث ثم ولدت قبل ان يسعى ثم ماتت يسعى الولد
فيما كان على امه عند ابي حنيفه وعندهما لا يسعى لان معتق البعض
بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ولو اعتق عبدا
في مرضه ودبر آخر وقال لاخر ان حدث بي حدث في مرضي

هذا فانت حر ثم مات من مرضه ذلك اشتركوا في الثلث
لان الكل وصيه بالعتق ولو اوصى بعتق عبده وهو يستغرق
الثلث ولاخر بثلث ماله فالثلث بينهما نصفان ويسعى العبد
في نصف قيمته لان الوصيه بالاعتاق والوصيه بالمال
سوا في القوه والوكالة لما بينا فيتحاصان في الثلث فيعتق
من العبد نصفه من غير سعايه لان نصف الثلث نصف
قيمته ويسعى في الباقي **فصل** ولو اوصى لعبده
بشي من رقبته يصح ولو اوصى بشي من ماله لا يصح لان العبد
من اهل ان يملك رقبته لان الوصيه بالرقبه اعتاق وليس من
اهل ما يملك سوى رقبته ولان الوصيه لعبده بمال
وصيه لورثته لان الملك في العبد والموصى به يقع للوارث
والوصيه لوارثه باطلة والوصيه بالرقبه وصيه له لا
لوارثه لان الوصيه بالرقبه اعتاق ولو اوصى له بثلث ماله
ورقبته اقل من ثلثه عتق لانه اوصى له بثلث رقبته فان له
رقبته من مال الميت والوصيه للعبد برقبته جايزه ويستحق
ثلث باقي المال لانه حر وان كان الثلث اقل عتق بقدر
الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما وبمنزلة

المكاتب عند ابي حنيفه والوصيه لكليهما جائزه وان كان
ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعايه يتقاصان وان كان
اكثر اخذ الفضل منهم وان كان اقل اعطى الفضل اليهم
ولو قال في مرضه لعبد ومدبر له قيمتهما سوا احدكما حر
ثم مات قبل البيان كان الثلث بينهما على ثلاثه للمدبر سهمان
وللعبد سهم لان العتق الثاني اوجب عتق رقبه بينهما نصفان
والتدبير اوجب عتق رقبه للمدبر خاصه والمدبر يستحق عتق
نصفه فكان عتق المدبر ضعف عتق القن فيكون الثلث
بينهما اثلاثا ولانه ان عنى بالعتق البات المدبر عتق كله
وان عنى به القن يعتق المدبر ايضا بالتدبير السابق فالمدبر
حر بيقين فكان له حريه كامله والقن يعتق في حال فيكون
له نصف حريه فاجعل النصف بينهما والحريه الكامله سهمان
فصار الثلث بينهما على ثلاثه ولو اوصى بان يوخذ من عبده
كذا كذا درهما ثم يعتق كان له ما حط عنه من الثلث
لان هذه وصيه بالعتق بعد البدل فيجوز كما اذا كان بغير بدل
لحاجه الميت الى ذلك ولانه اوصى بان يباع رقبه العبد منه
فصار كما لو اوصى بان يباع العبد من اجنبي بثمن مسمى فان كان

بدل المسمى مثل قيمته او اكثر يجب اعتاقه وان كان المحطوط
يخرج من ثلث ماله لا يجب السعايه وان كان اكثر يحط عنه
قدر الثلث ويسعى فيما زاد عليه

فصل

اصله
ان الحق متى تعلق بالعين والمعنى وهو القيمه يسري الى ولده وبدله
ولا يسري الى كسبه لان الولد متولد متفرع عنه والبدل
قايم مقامه معنى كانه هو ومتى ثبت الحق في الاصل من كل وجه
يسري الى الاتباع وفروعه تحقيقا للاصاله والتبعيه والحق
متى تعلق بالعين صورة لا بالمعنى وهو القيمه لا يسري الى ولده
وبدله لان الحق ثابت في الاصل من وجه دون وجه فلا
يسري بالشك ولو اوصى بعتق امته او ببيعها من فلان فالولد
والكسب والعقر والارش قبل الاعتاق والبيع للورثه
لانها بقيت على حكم ملك الميت لان الوصيه بالعتق والاعتاق
لم تنصرف في الاصل ولكن وجب تنفيذها بالبيع
والاعتاق فتعلق الحق بها صورة لا معنى فصار فروعها ملكا
للورثه ولهذا لو قتلها عبد فدفع بها فالعبد المدفوع للورثه
ولا يعتق ولا يباع ولو اوصى بان يتصدق بها او توهب
لفلان او يباع لهما ويتصدق بثمنها يجب تنفيذ الوصيه

في ولدها وبدلها وهو الارش والعقر لا في الكسب لان الوصية
بالصدقة والهبة يجب تنفيذها في الحق الموصى له وهذا حق متعلق
بالعين والمعنى وهو القيمة الا ترى انه لو قتلها عبد يجب تنفيذ
الوصية في بدلها وهو العبد المدفوع بها او الفدا فكذلك
في ولدها وبدل جزوها لان الحق متى ثبت في الاصل من كل
وجه يسري الى فروعه واتباعه والولد متفرع متولد عنه
والبدل قايم مقامه والكسب ليس بمتولد عنه ولا بدل له
فلا يسري اليه والوصية والتصدق بثمنها وصية بالصدقة
دون البيع الا ترى ان الوصي لو تصدق بها على المساكين
ولم يبعها جاز وكذا لو نذر ان يبيع جاريته ويتصدق
بثمنها فتصدق بعينها ولم يبعها جاز لان التزام البيع بالنذر
لا يجوز وانما يجوز التزام التصدق بالنذر فصحة هذا
النذر دليل على المقصود في الوصية هو التصدق دون
البيع **المنتقا** ولو اوصى بان يشترى عبد ابنه فيعتق
عنه قال ابو حنيفة الوصية باطلة لانها وصية للوارث
لانها وصية ليشترى عبده اولا ثم بالعتق ثانيا وقال ابو
يوسف الوصية صحيحة فيشترى بقيمته فيعتق فان كان الوارث

باعه من اجنبي بعد موت الموصي قال ابو حنيفة الوصية باطلة
لانه مات والعبد في ملك الوارث فيكون وصية بشرى
عبد وارثه وكانت الوصية للوارث وقال ابو يوسف
يشترى بقيمته فيعتق عنه ولو اوصى بان يشترى عبد فلان
قال يشترى بقيمته لا بما زادها فان ابى مولاه ان يبيعه يرد
ثمنه الى الورثة فان قال اشتروا عبد فلان فاعتقوه فابى
مولاه ان يبيعه حبس ثمنه حتى يموت العبد او يعتق لان هذه
وصية بالشرا ان تعذر فالعتق وهو مقصود فيبقى
الوصية بالعتق فيوقف ثمنه لقيام الوصية بخلاف الاول
لانه وصية بالشرا لا غير فاذا عجز عن شرايه باباء مولاه بطلت
الوصية في رجل قال اوصيت بان عبدي هذا حر
قال هذه وصية بالعتق وانما يعتق بعد موت المولى لان الايصا
تعليق الوصاية بالموت فصار كانه قال ان مت فعبدي
هذا حر في **الفتاوى** ولو اوصى بان يعتق من
امته ويعطى لها من ثلث ماله فان كانت الامة بعينه جاز لها
الوصية بالعتق والمال وان لم يكن بعينه جازت الوصية
بالعتق لا بالمال لان الوصية بعتق امة مجهوله مبهمة جايزة

والتعيين الى الورثة والوصية بالمال المجهول لا يجوز الا ان
يقول جعلت ذلك مفوضا الى الوصي ان احب اعطاها
فيجوز كقوله ضع مالي حيث احببت ولو اوصى ان يشترى
بكذا كذا درهما ويعتق وله عبيد لا يجوز ان يعتق من العبد
الذي عنده بخلاف ما لو اوصى ان يشترى بكذا كذا حنطة
ويفرق على المساكين وعنده حنطة يجوز ان يفرق تلك
الحنطة التي عنده على المساكين والفرق ان الموصي يعتبر
ما كان مفيدا او الشرط في العتق مفيد لان القربة
في الاعتاق مما يختلف باختلاف الرقاب فان القربة في
تحرير رقبة كثير القيمة اكثر من تحرير رقبة قليل القيمة
وشرطه في الحنطة غير مفيد لان المقصود من التصدق
بالحنطة اغنا الفقير وسد خلته ورد جوعته وذلك
لا يختلف فلا يعتبر شرطه ولو قال اعتقوا عني عبدا
قيل للوصي ان يعتق العبد الذي كان في ملكه وقت الموت
او يبيعه ويشتري عبدا اخر لانه امر باعتاق رقبة مطلقة
وقيل لا يجوز ان يعتق العبد الذي كان في ملكه وقت
الموت لانه امر باعتاق عبد منكر وما في ملكه عبد معرف

والمنكر

والمنكر لا يتناول المعروف **الجامع** مسايله على فصول
احدها في دعوى العبد المعتق في مرض المولى والثاني
في الوصية بعتق مبهم او باحدهما لرجل معين والثالث
في اقرار الوارث بعتق مبهم بعد جحوده له **فصل**
اصله ان الوصية بالمال يحتمل الرد والنقض وان لاقت
حق الغير لان يحرز ذلك الغير والوصية بالعتق لا يحتمل الرد
والنقض وان لاقت حق الغير لان الاعتاق الصادر من
مالك مكلف لا يحتمل الرد والنقض لان الحرية لازمة
نافذة بغير محله للرفع ولا منقضه فيستسعى العبد ليكون
ردا للوصية معنى واذا مات عن ابن وثلثة اعبد قيمتهم
سوا فادعى احدهم انه اعتقه في مرضه فاستحلف الابن
فنكل قضي بعتقه بلا سعاية لان النكول بمنزلة الاقرار
والبدل ولا له فصار الوارث بالنكول مقرا بالعتق
او باذلا له شرعية فيقضي بلا سعاية لانه يخرج من ثلث
ماله بالكلية فان ادعى الثاني مثل ذلك فنكل له عتق ويسعى
في قيمته وكذلك الثالث بين النكول والاقرار فانه لو اقر
بذلك صريحا والثلث بحالها يعتق من الثاني نصفه بغير سعاية

ومن الثالث ثلثه بغير سعايه والزوائد في اوصحا وفيصحا
بعتق الثاني فقد زعم ان الثلث بينهما نصفان لانه باقرار
الاول استهلك نصف الثلث طوعا واختيارا وصار ضامنا
لان الثلث صار مسلما للاول باقراره مختارا بغير قضا واختيار
فنصف الثلث فات الى خلف وكان قايما معنى واعتبارا ومتى
اقر بالعتق للثالث فقد زعم ان الثلث بينهم اثلاثا فانه
استهلك ثلثي الاول باقراره افتضاحا ك فاما النكول
ليس باقرار اختيارا بل صار اقرارا حكما واعتبارا فصار حجه
بالقضا جبرا واضطرارا فصار الثلث مسلما الى الاول مستحقا له
بالقضا لا بنكوله فحين قضاهما لم يكن للميت ثلث بل صار
مستحقا له بالقضا للاول فتلزمهما السعايه في الكل وان
كان الاول ادعى عند حكم حكماه والمسله بحالها عتق الثاني
كله بلا سعايه وكذلك الثالث اذا ادعيا عند حكم حكماه
والمسله بحالها عتق الثاني كله بلا سعايه وكذلك الثالث
اذا ادعيا عند حكم حكما ايضا لان حكم الحاكم نفذ في حقهما لا في
حق غيرهما لان للحكم ولايه على المحكمين لا على غيرهما وكانت ولايته
قاصره عليهما فلم يصر الثلث مستحقا للاول في حق الثاني والثالث

وسوى

وكان قايما لا مستهلكا في حقهما فاما قضا القاضي صدر عن ولايه
كامله وزعامه شامله على الكافه فنفذ قضاوه للاول
في حقهما فصار الثلث تالفا وتاويلا في حقهما ولو ادعى
الاول عند حاكم حكماه فقضى بعتقه بالنكول ثم دفع
الثاني الوارث الوارث الى قاضي فنكل عنده عتق الثاني
بلا سعايه لان حكم الحاكم لم ينفذ في حق الثاني فصار كان
الاول قايم رقيقا لا عتيقا مستهلكا فان دفعه الثالث
الى قاضي او الى حاكم فنكل له عتق ايضا بلا سعايه قيل اذا
عتق الثاني عند قاضي سوى سعي الثالث في كل قيمته وتاويل
ما ذكره ان الثالث رفعه قبل دفع الثاني وذلك لان
القاضي اذا قضى بالعتق للثاني صار الثلث مستحقا ومسلما
له بالقضا الصادر عن ولايه كامله النافذه (النفاذه) في حق الكافه
فحين يقضي للثالث لم يبق للميت ثلث فيجب ان يعتق بالسعايه
فاما اذا رفعه الى الثالث قبل دفع الثاني لم يصر الثلث مستحقا
للاول وللثاني ايضا لان حكم الحكم لم ينفذ في حقهما فبقي للميت
ثلث في حق الثالث فيعتق بلا سعايه **فصل** اصله
ان جهالة الموصى به مع جواز التبيين للورثه لا يمنع جواز الوصيه

لان هذه الوصيه لايمنع جواز البيع فلان لايمنع جواز الوصيه
اولى ثم المسايل على قسمين احدهما في الوصيه باحد
العبدين والثاني في الوصية باحدهما وهو زوج بنته

اما القسم الاول ولو ترك عبدان يخرجان من الثلث
ووارثين فاوصى باحدهما لرجل اجبرا على ان يجتمعا على واحد
لان الوارث قايم مقام المورث في ملك احد العبدين
لانه غير موصا به فكان له خيار التعيين بخلاف ما لو اعتق احد
عبديه ثم مات قبل البيان لايثبت للوارث خيار
التعيين لان الوارث لم يملك احد العبدين لان بالموت
شاع العتق فيهما فصار كل واحد منهما بمنزله المستسعى والمكاتب
لايورث فلم يقم مقام المورث في البيان فان اعتق الموصا
له العبدين ثم عين الوارث ان له واحدا اعتق ايهما كان
لان احد العبدين صار ملكا له لان جهالة الموصا به لايمنع
جواز الوصيه مع خيار التعيين للورثه فاحدهما ملكه بيقين
ويوقف عتقه على ظهور ملكه في احدهما لانه لما اعتقهما
فقد جمع بين عبده وعبد غيره في العتق فصح عتقه فيما يملكه
الا انه مجهول فيتوقف نفوذه على تعيين ملكه كمن اشترى
عبدين

عبدين كل واحد بثمن مسمى على انه بخيار احدهما ويرد الاخر
ثم البايع اعتقهما صح العتق في احدهما لان احدهما ملكه بيقين
ويتوقف نفوذه عتقه على ظهور ملكه في احدهما فكذا
هذا وان اعتق واحدا بعينه ثم عيناه له لم يعتق لان احدهما
بعينه غير مملوك له بل هو محتمل متردد محتمل بين ان يعتقد الملك
في هذا وفي الاخر عند تعيين الوارث فلم يصادف العتق
ملكه ولا حصل عقيب سبب الملك فلغى بخلاف ما لو اعتق
المشترى احدهما بعينه في خيار التعيين ينفذ العتق لان خيار
التعيين ثابت للمشترى فكان اقدامه على اعتاق احدهما
بعينه تعيينا منه للمبيع فيتعين ملكه اولا ثم يتحقق الاعتاق
وتم بالجواز فلا يصح منه التعيين فلم تعين ملكه فيه فلم
يصادف عتقه ملكه ولو كان الميت اوصى بعتق احدهما فاختار
كل وارث واحدا معا او متعاقبا يجبران على الاجتماع
على واحد لانهما لم يجتمعا على تعيين الوصيه في احدهما بل
تفرد احدهما بالتعيين وليس له التفرد بالتعيين ولو اعتق كل
واحد منهما عبدا عن الميت متعاقبا عتق الاول عن الوارث
والاخر عن الميت ويضمن نصيب شريكه ان كان موسرا لانه

فتعينه صادف ملكه لا محالة
وهنا ولاية التعيين ثابتة
للورثة لا للموصى له

لم يعتق العبد الاول عن الميت ما لم يجتمع الوارثان اولا
على تعيين الوصيه فيه ولم يجتمعا على تعيين الوصيه فيه فلغى
قوله عن الميت فبقى قوله اعتقت ولو قال اعتقت هذا
العبد يعتق عنه لانا تيقنا بنفاد عتقه لانه ان كان موصًى
بعتقه ينفد احد الوارثين باعتاقه وان لم يكن موصًى
بعتقه كان موروثا بينهما فكان عبدا مشتركا بينهما فصح عتقه
ويضمن نصيب شريكه ان كان موسرا واذا عتق الاول
عن الوارث يعين الثاني للوصيه ضرورة لانه لم يبق للثاني
مزاحم في الوصيه واذا تعين الاخر للوصيه فقد عتقه
عن الميت لان احد الوارثين ينفرد بالعتق عن الميت ولا ينفرد
بالتعيين لان التعيين يحتاج فيه الى الراى والتدبير ايهما
اصلح للوصيه والاعتاق لا يحتاج فيه الى الراى والتدبير
ولو اعتق كل واحد منهما عبدا بعينه عن الميت معا اجبرا
على ان يجتمعا على احدهما عن الميت فاذا اجتمعا عتق عن الميت
والاخر عمن اعتقه ويضمن نصيب شريكه ان كان موسرا
لانا تيقنا بنفاد عتق كل واحد منهما لما ذكرنا الا انه
لا يدرى المعتوق عن الميت من المعتوق عن الوارث وحكمهما مختلف

فلا بد من البيان فيجبران على البيان ولو لم يتفقا ولكنهما
عينا احدهما ليعتقاه عن الميت ثم رجعا وعينا الاخر لم يكن
لهما ذلك ويعتق الاول عن الميت لان تعيينهما كتعيين
الميت لقيامهما مقامه ولو عين الميت احدهما للوصيه ثم
اراد ان يعتق الاخر للوصيه لا يقدر لما فيه ابطال حق
المعين في الوصيه ينفرد بالعتق وكذلك لو اعتقه وصى
الميت بعد ما عيناه لانه مامور بتنفيد الوصايا واذا اوصى
بعتق عبده وهو يخرج من الثلث لم يعتق بقرابته من الوارث
ولا من الموصى [الوصي] لان القريب لا يملك العبد الموصى بعتقه وان
اعتقه جاز عتقه عن الميت ولا يعتق بتعليق الوصي عتقه بشرط
او اضافته الى وقت مستقبل ويعتق بمثل ذلك من الوارث
اذا جاء الشرط ويكون عتقا عن الميت والفرق ان الوصي نايب
محض لانه مامور بتنفيد الوصيه والتنجيز تنفيد للوصيه
لانه اعتاق للحال اما التعليق ليس باعتاق للحال بل تصرف
يمين لا يصح بدون الملك فلم يصح فلا يكون تنفيذا للوصيّة
والوارث مالك للعبد من وجه بدليل ان بدل هذا العبد
وهو الديه والارش والعقر يجب للوارث وملك البدل

فكذا هذا فان اعتق احدهما
الاول الذي عيناه مع عتقه
عن الميت لان احدهما مع

يستدعي سابقة ملك البدل الا ان الوصية باعتاقه وهذا العبد
تمنع وقوع حقيقة الملك للوارث مع انعقاد السبب حتى لا يقدر
على ابطال حق العبد والمولى في الوصية وليس في تعليق عتقه
بالشرط ليقع العتق عن الميت ابطال الوصية فظهر الملك للوارث
في حقه فيملك التنجيز والتعليق نظيره الوارث في مكاتب مورثه
يملك التنجيز والتعليق لانه ظهر ملكه فيهما كما للمورث فكذا
هذا ك **اما** القسم الثاني لو زوج بنته من عبده برضاها
واوصى بالعبد لرجل وهو يخرج من الثلث ثم مات لم يفسد
النكاح ولم يعتق على الموصى له ان كان قريبه حتى تقبل الوصية
او يموت قبل ردها لان البنت لم تكن تملك شيئا من رقبة
زوجها لان العبد الموصى به يخرج من الثلث ماله فبقي العبد
موقوفا على حكم ملك الميت ان قبل الموصى له الموصى به
انتقل العبد من ملك الميت الى ملك الموصى له وموته قبل الرد
الوصية بمنزلة القبول وان كان قريب العصبة عتق عليهم
اذا رد الموصى له الوصية لانه دخل في ملكهم وان كان لا يخرج
من الثلث فسد النكاح لانها ملكت شيئا من رقبة زوجها
لما لم يبعد الوصا له الوصية ولو اوصى بعتق العبد ولا مال له

غيره لم يفسد النكاح وسعى الورثة في حصتهم اذا اعتقوه لانها
ما ملكت شيا من رقبة زوجها لان الوصية بالاعتاق لا تبطل
برد العبد بل يعتق شا او ابى وانما ملكت السعاية على زوجها
وهذا لا يفسد النكاح ك ولو كانت البنت لم تاخذ
مهرها فليس لها ان تبطل الوصية ويباع العبد في مهرها
ولا يفسد النكاح وما فضل من ثمن العبد فهو ميراث
لان مهرها وجب في رقبة زوجها باذن مولاه والدين يتقدم
على الوصية وقبل البيع الوصية بالعتق قايمة وهي تمنع وقوع
الملك لها في رقبة زوجها وبعد البيع ان بطلت الوصية
الا ان العبد صار ملكا للمشتري فلم تملك المراة شيا من رقبة
زوجها ولو لم يكن عليه مهرها وكان على الميت دين مثل قيمة
العبد او اكثر بيع فيه ولا يفسد النكاح لانها لا تملك
من رقبة العبد لان قبل البيع الوصية بالعتق تمنع وقوع
الملك للورثة وبعد البيع الدين المستغرق يمنع وقوع الملك
للورثة فكذلك صيرورته ملكا للمشتري وان رده المشتري
بعيب بقضا عاد الامر الى ما كان لان البيع انفسخ بالرد بقضا
في حق الناس كانه فعاد الامر على الحال الاول وسببه ك وان

رده بعيب قضا سقط دين الميت بوجه ما بطلت وصية العبد
وفسد النكاح وهذا بيع جديد وعقد حدث في حق الثالث
وكذا لو لم يكن على الميت دين وجنى العبد جناية فدفعوه بطلت
الوصيه او فدوه لم يفسد النكاح لان بالفدا طهر العبد عن الجنايه
وكانه لم يجن ولو لم يجن كانت لا تملك شيا من رقبة زوجها لانه
موصا بعتقه وبالدفع ابطلت الوصية ولكنه صار ملكا
للمدفوع اليه فلم تملك شيا من رقبة زوجها ولو كان العبد موصا
به لرجل وعلى العبد دين محيط ولا مال له سوى العبد فسد
النكاح لان دين العبد لا يمنع وقوع الملك للورثه في رقبته
لانه كان مملوكا للموارث(?) مع كون رقبته مستغرقة بدين العبد
فكذلك يجب ان يصير مملوكا للوارث لانه قايم مقام المورث
في الملك من غير تجديد سبب ه **فصل** واذا مات
عن ثلاثة اعبد قيمتهم سوا ووارث واحد فقال لاحدهم
لم يعتقك الميت ثم قال بل اعتقك ثم قال للثاني وللثالث
مثله عتقوا بلا سعايه لانه لما انكر عتقه اولا فقد زعم ان الميت
لم يوص له برقبته فلما قال بل اعتقك فقد اقر انه اوصى
له برقبته لان العتق في مرض الموت وصية والاقرار بعد الانكار

صحيح

صحيح فيعتق الاول بلا سعايه لانه يخرج من ثلث ماله واقراره
لم يصح في حق الثاني والثالث لان الثاني يقول له اعتق
الاول من جهتك لا من جهة الميت لما اقررت له بالوصيه
بعد ما انكرت وكان مضمونا عليك فصار كان الاول قايم
في يدك حكما لقيام بدله والثالث قايم في يده حقيقة والثاني
يخرج من الثلث جبرا اقراره بالعتق فيعتق بلا سعايه وكذلك
نقول الثالث وكذلك لو بدا بالاقرار بالعتق ثم بالانكار
لان الاقرار لا يبطل بالانكار بعده ولو قال لهم جميعا لم يعتقكم
ثم قال اعتقكم جميعا سعوا في ثلثي قيمتهم استحسانا وعتقوا
بلا سعايه قياسا لانه لما انكر عتق كل واحد منهم ثم اقر
بعتقهم فقد احتط كل واحد منهم حظا من الانكار والاقرار
فصار كما لو فرد كل واحد بالانكار والاقرار على التعاقب وجه
الاستحسان انه وجد الاقرار بالعتق والانكار لكل واحد
منهم معا بكلمة واحدة فامكن ان يجعل مقرا لكل واحد بالوصيه
من جهة الميت لان الاقرار بعتق الكل حصل بكلمة واحدة
في حالة واحدة فصار مقرا للكل بالوصية في حالة واحدة
فلم يصر مستهلكا شيا لصاحبه حتى يجعل صاحبه كالقايم في يده

حكما وكان الثلث بينهم اثلاثا فيعتق من كل واحد ثلثه ويسعى
في ثلثيه وكذلك لو قال اعتقكم الميت ثم قال لم يعتق
احد منكم ولو قال اعتقكم ثم قال لم يعتق هذا سعى في
ثلث قيمته وكل واحد من الباقين في نصف قيمته لانه لما اقر
بعتقهم جميعا من جهة الميت فقد زعم ان ثلث ماله وذلك
رقبة واحد بينهم اثلاثا فعتق من كل واحد ثلثه باقرار
الوارث فلما انكر عتق احدهم بعينه فقد اقر ان الثلث بين
صاحبي المجحود نصفان ولا شيء للمجحود من الوصية فقد اقر
لصاحبي المجحود بزيادة عتق وهو الثلث عما اقر للمجحود بالعتق
واقراره بالزيادة لصاحبي المجحود يصح لا على نفسه ورجوعه
عن الاقرار للمجحود لم يصح لانه على غيره وان قال لاخر بعده
لم يعتقك عتق الاول بلا سعاية وسعاية الاول والثاني
على حالها لانه لما انكر عتق الثاني فقد زعم انه لا حظ
للمجحودين من الوصية وانهما عبدان مملوكان للميت والثلث
كله للثالث واقراره بالزيادة للثالث صحيح ورجوعه عن
الاقرار للمجحودين بالعتق لم يصح فيعتق الثالث كله بلا سعاية
ومن المجحود الاول ثلثه ومن المجحود الثاني نصفه وما عتق من

المجحودين

المجحودين كان قائما في حق الثالث لانهما عتقا من جهة الوارث
لانهما عتقا باقراره وكانا مضمونين على الوارث وكانا
كالقائمين بقيام بدلهما ولو قال اعتقكم ثم قال لم يعتق
هذا ولا هذا اعتقوا وسعى كل واحد في ثلثي قيمته لانه
جمع بين العبيد في الانكار بحرف الجمع والمجموع بحرف
الجمع كالمجموع بلفظ الجمع كما في حق الاقرار بالعتق لو قال
عتق هذا وهذا وهذا اعتق من كل واحد ثلثه وسعى في ثلثيه
فكذلك في الانكار ولو قال يا هذا لم يعتقك الميت
وسكت ثم قال لاخر كذلك ثم قال اعتقكم عتقوا ويسعى
كل واحد في ثلثي قيمته لانه انكر عتقهم جميعا قبل الاقرار بعتقهم
معنى فصار كما لو انكر عتقهم جميعا بينهم في الاقرار والانكار
واما اذا افرد كل واحد بالاقرار والانكار فهو على قسمين
اما ان بدا بالانكار ثم بالاقرار او على عكسه اما القسم
الاول لو انكر عتق واحد ثم قال لاحدهم اعتقك وسكت
ثم قال للثاني والثالث كذلك عتق كل الاول ونصف
الثاني وثلث الثالث لان انكار عتقهم على التعاقب كانكار
عتقهم معا لانه في الحالين جميعا انكر عتقهم قبل الاقرار بعتقهم

ولو انكر عتقهم معًا ثم اقر بعتق كل واحد منهم على التعاقب
فكذلك الجواب فكذا هذا لانه لا عبرة لانكار عتقهم معًا لانه
لا مزية لاحدهما على صاحبه في الانكار فسقط اعتبار الانكار
وحكم بالاعداد ولو عدم الانكار ووجد الاقرار بالعتق
على التعاقب يعتق من الاول كله لانه خرج من الثلث عند
الاقرار ولما اقر بالعتق للثاني فقد زعم ان الثلث بينه وبين
الاول نصفان فصح اقراره بالعتق للثاني لانه على نفسه ولم يصح
بابطال بعض ما ثبت من العتق للاول لانه على غيره فبقي عتق
الاول ماضيًا نافذًا كما كان ثابتًا وعتق من الثاني نصفه
لاقرار الوارث ان نصف الاول عتق باقراره لان من جهة
الميت فيكون كالقائم في يده ولما اقر للثالث فقد زعم ان
الثلث بينهم اثلاثًا فصح اقراره للثالث ولم يصح على الاخرين
لانه يتضمن ابطال بعض عتقهما **واما** القسم الثاني
لو اقر بالعتق لكل واحد منفردًا متعاقبًا ثم انكر عتقهم متعاقبًا
عتق الاول كله بلا سعاية لانه خرج من الثلث حالة الاقرار
بالعتق والانكار بعده رجوع عن الاقرار فلا يصح ثم ينظر
في الانكار فان بدا بانكار الثاني عتق نصفه لا غير ونصف الثالث

لانه

لانه لما انكر الوصيه للثاني اولا فقد زعم ان الوصيّة
بين الاول وبين الثالث نصفان الا انه لم يصح رجوعه
بالانكار فبقي عتق نصفه ماضيا وعتق نصف الثالث لانه
اقر وزعم ان النصف الثلث له فمتى بدا بالانكار الثالث
لم يعمل شيا لانه زعم ان لا وصيه له وان الثلث كله للاول
ثم لم يصح رجوعه عن عتق الثالث فبقي عتقه ماضيا وان بدا بالانكار
الاول عتق الثالث كله لانه لما انكر عتق الثاني والاول
فقد زعم ان لا وصيه لهما وان ما عتق منهما عتق من جهته
لا من جهة الميت فيجعل كالقائم في يده باعتبار زعمه فيعتق
الثالث كله باعتبار زعمه ولا يزاد للثاني على نصفه
حريته بانكار الاول لان انكار الثاني كان سابقا على
انكار الاول فلا يكون مقرا للثاني بزيادة شي ولو بدا
بالثالث وثنى بالثاني وثلث بالاول لم يستفد الثاني
والثالث شيا على نصف حريته او ثلث حريته لانه لما انكر
وصيتهما فقد زعم ان الثلث كله للاول وهذا ثابت للاول
من قبل فلما ثلث الاول وانكر عتقه لم يصر مقرا بهذا الانكار
للثاني ولا للثالث بشي لان انكارهما كان سابقا وان ثنى

انه لا وصيه للثالث وان الوصيه بين الاول والثاني نصفان فكان نقص الثاني بنصف حريته

بالاول وثلث بالثاني وبدا بالثالث عتق الثاني كله لانه
لما بدا بانكار الثالث فقد زعم انه لا وصية للثالث وان
الوصية بين الاول والثاني نصفان فكان مقرا للثاني بنصف
حريته وقد نال هذا من قبل فلما ثنى بالاول وانكر عتقه
فقد زعم ان الوصية كلها للثاني لانه انكر الوصية للاول
والثالث فلم يبق للوصية محل غير الثاني فعتق نصفه الاخر
بزعمه ولو بدا بانكار الاول وثنى بالثاني وثلث بالثالث
عتقوا بلا سعاية وذكر الفقيه ابو بكر البلخي يجب ان يعتق
من الثاني نصفه ويسعى في نصفه لان الاول قد عتق كله باقراره
بالعتق اولا مرة فلما بدا بانكار الاول فقد رجع عما اقر له
من العتق واقر بان العتق بين الثاني والثالث نصفان
ورجوعه لم يصح واقراره بنصف العتق غير مفيد لانه نال
نصف الحرية من قبل فلم يصر مقرا للثاني بزيادة عتق فلما
ثنى بانكار الثاني فقد زعم ان الثلث كله للثالث لانه لم
يبق للوصية محل سوى الثالث فيعتق الثالث كله فلما ثلث
بانكار الثالث لم يستحق الثاني بهذا الانكار شيئا لان انكار
الثاني كان سابقا على انكار الثالث فثبت ان الصحيح ما قلنا

للثاني

في حق الثاني وما ذكر محمد جواب القياس لا جواب الاستحسان
والله اعلم **باب الوصية بعتق النسمة**
المبسوط ش فيه فصول احدها في الوصية بعتق النسمة
غير معينه والثاني في الوصية بعتق نسمة معينه **والثالث**
في الوصية ببيع عبده نسمه فيشتري بثمنه نسمة فيعتق عنه ع
فصل ولو اوصى بان يعتق عنه نسمة بمائة وثلثه
اقل من مائة لم يعتق عنه عند ابي حنيفة وعندهما يعتق عنه بالثلث ك
لهما ان الوصية (وصية الميت) يجب تنفيذها ما امكن ولا يجوز
السعي لابطالها لانه يحتال لاثبات القربات لا لابطالها
وقد امكن تنفيذها من الثلث الا انه قدر الوصية بمائة
لظنه ان ثلث ماله مائة او اكثر او يزيد ماله قبل موته
حتى يصير الثلث مقدار مائة او في زعمه انه يجيز **الورثة** ذلك
لكن اذا لم يجز وامكن تنفيذ الوصية من **الثلث**
لا لابطالها فيجب تنفيذها من الثلث تصحيحا لقصده **له** (لابي حنيفة)
ان هذه الوصية وكالة محضة لانها توكيل بازالة ملكه
فلا يكون عقد استخلاف واثبات ولاية والتوكيل بعد الوفاة
معتبر بالتوكيل حالة الحياة ومن وكل رجلا حال حياته

كما لو اوصى بان يحج عنه او يتصدق عنه
بمائة وثلثه اقل من مائة يحج [illegible] ويتصدق
[illegible] ولكن [illegible] تنفيذها ع
عنه بمقدار ما يمكن [illegible]
ان هذه وصية [illegible]

بان يشترى له نسمة بمائة فاشترى بخمسين صار مخالفا وكان مشتريا
لنفسه فكذلك بعد الوفاة متى لم يمكنه الشرى بما سمى بطلت
الوصية فصار كما لو اوصى بان يشترى له نسمة تركيه بمائة فلم يجد
نسمة تركيه بطلت الوصية فكذا هذا بخلاف ما لو اوصى ان
يحج عنه او يتصدق عنه بمائة وثلث ماله اقل من مائة يحج ويتصدق
عنه بما يبلغ لان الحج والصدقة غير متنوع بل نوع واحد فيفيد
ما اتى يكون اتيا ببعض المامور به وتاركا للبعض فصار ممتثلا
للامر في البعض فلا يكون مخالفا وذكر في الجامع الصغير
لو اوصى بعتق نسمة بثلث ماله ففعل الوصي ثم لحق بدين
استوعب الثلث فالعتق عن الوصي وكذا لو كان وصيا
بنصب القاضي ومثله لو كان القاضي فعل ذلك او امينه ثم
ظهر الدين بعد العتق ولا يكون القاضي وامينه مشتريا لنفسه
والفرق ان للقاضي ان يتصرف في مال الميت على سبيل
النظر والمصلحة لاستغناء المالك واستبداد احد من غير امر الميت
فامكن تنفيذ شرايه على الميت لان الميت رضي بتصرف القاضي
العدل في ماله لما لم يوص الى احد فاما الوصي لو وصى القاضي
ووصي الميت ولايه التصرف في ماله بغير امره بطريق النظر والمصلحة

وقد

فكذا الوصي متى امره بالشراء بمال مسمى ولم يمكنه

الحج والصدقة

بطلان العتق

وقد خالف امر الميت لان الوصية انما تصح بثلث ماله الفارغ
عن دينه فقد خالف امره فلا يمكن تنفيذه على الميت وامكن
تنفيذه على نفسه فصار مشتريا لنفسه كالوكيل بالشرا اذا خالف

فصل ولو اوصى ان يشترى عبد فلان فيعتق
عنه نسمة فانه يشترى من ثلثه فان امتنع صاحبه من البيع
يوقف الثلث حتى يموت العبد او يشترى لان تنفيذ هذه
الوصية موهومة ما دام العبد حيا فانه يجوز ان يبيعه
صاحب العبد او يموت فيبيعه الورثة فلم تبطل الوصية
فاذا امات العبد وقع الياس عن تنفيذ هذه الوصية فبطلت
ولو اوصى بان يشترى له نسمة بهذه المائة بعينها فيعتقها عنه
فاشترى فاعتق ثم استحقت تلك المائة او بعضها فانه يعتق
عن الوصي ويكون المائة دينا عليه لانه امره ان يشترى نسمة
بثلث ماله ولما استحقت المائة ظهر ان الوصية كانت باطلة
لانه ظهر ان الوصية لاقت ملك الغير واذا بطلت الوصية
صار الوصي مشتريا لنفسه وصار معتقا عن نفسه

فصل ولو اوصى ان يباع عبده نسية له فيشترى بثمنه
عبد فيعتق عنه فباعه الوصي واشترى بثمنه عبدا فاعتقه ثم

وجد بالاول عيبًا فرده على الوصي ضمن الثمن لانه عاقد وقابض
للثمن وحقوق العقد راجعه اليه فاذا باعه ثانيًا من آخر
فان باع بالثمن الاول جاز العتق عن الميت وان باع باكثر
او اقل كان العتق عنه ويعتق عن الميت عتقًا آخر بثمنه لانه
لما باع بالثمن الاول نفذ ظهر انه اشترى النسمه بمثل ثمنه
فصار ممتثلا لامر الموصي الا انه نقد الثمن من مال نفسه
كان له ان ياخذ ما نقد من مال الموكل اذا ظفر به واذا باع
باكثر او باقل فقد ظهر انه كان مامورًا بشرى نسمة بمائه
وعشره وقد اشترى بمائه مع امكان الشرى بمائه وعشرة
فصار مخالفًا بخلاف الوكيل بشرى نسمه بمائه فاشتراه باقل
وهو يساوي مائه لا يصير مخالفًا والوصي يصير مخالفًا لان
مقصود الموصي تحصيل الملك واحراز الثواب لان هذه الوصيه
قربه موضوعه لاستجلاب الثواب فمتى كان الثمن اكثر
وافضل كان الثواب اجزل وفي الوكيل المقصود تحصيل
الملك واكتساب المال والربح وقد حصل ذلك بالاقل
واذا وقع العتق عن الوصي يشترى بالثمن نسمة اخرى فتعتق
عنه لان الوصيه لم تنفذ بعد وهذا اذا رد العبد بالقضا

معتقًا عن الميت

الثمن من ماله والوكيل بالشرى اذا نقد ح

صار مخالفًا لامره لانه ح

وكذا لو اشتراه باقل من ذلك فصار مشتريًا لنفسه فوقع العتق عنه ح

لانه

لانه فسخ في حق الكل فعاد العبد الى قديم ملك الميت فكان
ثمن الثاني ثمن عبده فاما اذا رد بالتراضي يصير هذا العبد
له ويعتق العبد الاول عن الميت لان الرد بالتراضي شرى جديد
في حق غير المتعاقدين فصار كانه اشترى هذا العبد لنفسه
شرى جديدًا ولو استحق الاول كان العتق عن الوصي ولا
يرجع على الورثه لانه ظهر ان الامر بالبيع لاقى ملك الغير
فلم يصح فصار بايعًا بغير امره وصار مشتريًا نسمة بغير امره فصار
مشتريًا لنفسه ولو اوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه فباعه
الوصي ثم استحق العبد وضاع الثمن في يد الوصي قبل ان يتصدق
ضمن ويرجع به على الورثه وقال ابو حنيفه اولا لا يرجع
لان الامر لاقى ملك الغير فلم يصح فصار عاملا بغير امره ... فلم يرجع
وجه ظاهر الروايه ان الامر صحيح متى لم يعلم المامور بفساد
الامر نفيًا للضرر عنه لانه عمل معتمدًا على امره ممتثلًا لشانه
فصار مغرورًا من جهته فلو لم يرجع عليه يتضرر به وكذلك
لو اوصى ببيع عبده وقضاء ديونه من ثمنه فباعه الوصي وقضى
دينه ثم استحق العبد يرجع ولو اوصى بان يعتق عنه نسمة
واوصى لآخر بالثلث فان الثلث يقسم على الثلث وعلى ادنى

مايكون من قيمته النسمه مما اصاب الثلث فهو له وما اصاب النسمه
اعتق به نسمه لانه اجتمع في الثلث وصيتان وضاق الثلث
عن ايفائهما فيجب قسمه الثلث عليهما كما لو اوصى لرجل بالثلث
بالثلث ولاخر بعبد من ماله ويعتبر في النسمه الادنى [الاولى] لانه يتناوله
مطلق الاسم ولانه متيقن [متيقن] كما في تحرير الرقبه في باب الكفارة
ولو اوصى بان يباع عبده نسمة يبيع كذلك ويصح هذه الوصيه
لان هذه الوصيه واقعه للعبد لان البيع نسمة هو البيع ممن
يشترى للعتق وهو معلوم في عرفهم وفيه منفعه عظيمه للعبد
فكانت الوصيه واقعه له معنى ولان البيع نسمة سببا [متيقنا] لعتقه
والعتق قربه وما يتوصل الى القربه قربه والوصيه بما هو
قربه وصيه لله تعالى فصار كما لو اوصى ان يعتق نسمة بعد وفاته
ثم ان وجد انسانا يشتريه للعتق مثل قيمته باعوه منه فان لم
يجد وامن يشتريه نسمة حط من ثمنه مقدار الثلث لانه لا يشترى
للعتق الا بان يحط عنه من ثمنه شي فثبت الرضا بالحط دلالةً
فيجب الحط تنفيذا للوصيه لان تنفيذ الوصيه واجب ما
امكن ولو اوصى ان يباع من فلان بيع منه بقيمته لا ينقص
منها فان شا اخذ وان شا ترك لانه اوصى بالبيع لا بشي من ماله

لانه لا منفعة للميت في هذه الوصيه حتى يشتغل بتنفيذها فلم يوجد
منه الرضا بالحط دلالة بخلاف الاول لان للموصي فيها منفعة
وهو الثواب فيكون قاصدا تنفيذها ولا يمكن تنفيذها
الا بحط شي من ثمنه فيكون رضا بالحط دلالةً ولو اوصى بان يباع
عبده ولم يسم المشترى لم يجز لان يقول يباع من فلان
فباع منه جاز لانه متى لم يعين من يباع منه كان الموصى له
مجهولا وجهالة الموصى له تمنع جواز الوصية ه

باب الوصية بالعتق للعبد بعد الخدمه

المبسوط ه ولو اوصى ان يخدم عبده احد ورثته سنه ثم يعتق
جاز ان اجازه بقيه الورثه وان لم يجيزوا ابطلت الوصيه
بالعتق لان الوصيه بالعتق في ضمن الوصيه للورثه وبناء عليها
والوصيه بالخدمه لاحد الورثه لا تجوز الا باجازتهم فاذا
بطلت الوصيه للوارث بطلت ما في ضمنها كالوصيه بالمحاباه
ولو اوصى ان يخدمهم سنه ثم يعتق جاز وان كرهوا او بعضهم
واختلف عبارة مشايخنا في تجويز هذه الوصيه قيل يجوز
بطريق الارث لان حق استخدام هذا العبد لجميع الورثه ثابت
شرعا لان رقبته عن شغل له بخدمه احد ان كانت رقبته مشغولة

بوصيته فصارت الخدمة ميراثا بينهم ولهذا لو رد بعض الورثة
هذه الوصية لا يرتد لان الورثة ملكوا الخدمة بالميراث
لا بالوصية والميراث لا يرتد بالرد وكانت هذه وصية باعتاقه
لا عن بعد سنة ولكن بشرط ان يخدم الورثة سنة فاذا
خدم الورثة سنة يعتق عن الميت وقيل يجوز بطريق الوصية
لان الوصية لجميع الورثة على قدر حقوقهم في التركة
جائزة لانها لا تتضمن ابطال حق احدهم ولهذا تجوز الوصية
لبعضهم باجازتهم ولا تجوز هنا بطريق الارث مقصودا
لان الرقبة بقيت على حكم ملك الميت حتى لو باعوها او وهبوها
لم يجز وانما لم يصح رد بعضهم هذه الوصية لانه متى صح رده يؤدي
الى ابطال حق الباقين لانه حينئذ يصير وصية لبعض الورثة
فيبطل فلم يصح رده لهذا وذكر في الفتاوى لو اوصى بان
يعتق عبده بعد خدمته لولديه سنة تجوز الوصية ويخدمهما
على قدر ميراثهما الا ان يقول في وصيته يخدمهما على السواء
فبطلت الوصية اذا كان احد ولديه ذكرا والاخر انثى
لانه لو جاز ذلك لاشتركا في الخدمة وصارت الوصية للوارث
فاما اذا كانا ذكرين او انثيين جازت الوصية وصار سبيله

سبيله

(التزوج)
سبيله الميراث دون الوصية ولا يجوز التحوز بهذه الامة
لانها باقية على حكم ملك الميت مهملة الى وقت انفاد عتقها
ولو اوصى ان يخدم مصرا ثم هو حر لم يعتق الا ان يعتقوه لانه
لا يملك الاعتاق بعد الموت لانه ليس باهل له ولم يعلق عتقه
بشرط فلا يعتق ما لم يعتق ولو صالحوه من الخدمة على شيء وعجلوا
(ابطلوا)
العتق جاز لان هذا العبد ملكهم في حق الخدمة فبالصلح اسقطوا
ذلك الملك ببدل فيجوز ولان الصلح عن الخدمة جائز
وان كان لا يجوز الاعتياض عنها لان الصلح اسقاط واسقاط
الحق بعوض جائز كحق المراة ولو اعتقه احد الورثة قبل
السنة ضمن حصة اصحابه من قيمة الخدمة لكان في حق الخدمة
مملوكه للورثة لان الوارث لا يملك الخدمة ملكا جديدا ولكن
يقوم مقام الميت بطريق الخلافة عنه والموت كان يملك
الخدمة ملك الرقبة فكذا الوارث فيعتبر الرقبة ملكا لهم في حق
ملك الخدمة وكان في معنى المدبر فصار العتق متلفا عليهم
ملك الرقبة والمنفعة والمنفعة تضمن بالاتلاف مع ملك الرقبة
لا وحدها كما في المدبر ولو قال له الوارث بعد السنة
ان دخلت الدار فانت حر صح تعليقه وكذلك الوصي وذكر

(لما عرف م)
(لان الرقبة م)
(الذي لا يؤدي الى ابطال الوصية بالعتق م)

في الجامع انه لا يصح في الوصي وقد مرت **المسئلة**

قال ابو حنيفة قد اوصيت ان يخدم عبدي فلانا سنة ثم

هو حر فان لم يخدم فلانا سنة لم يعتق وهذه وصية

فيها ميراث ولو اوصى ان يخدم عبده ورثته سنة ثم هو

حر فخدمهم سنة اشهر ثم مرض او ابق فانه يعتق بعد السنة

وليس هذا على الخدمة كانه **قال** اعتقوه بعد سنة

الا ترى انه يخدمهم على الميراث ولو لم يخدمهم شيئا اعتق لان

هذا يجوز بطريق الارث لا بطريق الوصية كما بينا فان قال

الورثة نحن نجعل عتقه فذلك لهم وهو عن الميت ولو قال

يخدمهم هذه السنة ثم هو حر فان غاب شهرا او مرض بطلت

وصيته لانه لا يقال خدمهم هذه السنة فانعدم الشرط (وهذه بعينها ان لم تخدمهم)

وان غاب يوما او يومين لا تبطل الوصية لانه يقال **خدمهم**

هذه السنة عرفا وان ترك الخدمة يوما او يومين لان ذلك

القدر لا يعتد به عرفا ولو قال اوصيت بخدمة عبدي

لورثتي سنة ثم هو حر وله بنون وبنات فان اجاز واذلك

فهو جائز ويخدمهم بالسوية ويعتق بعد سنة فان لم يجيزوا

الوصية فلهم ان يبيعوه قبل السنة ولا يعتق ابدا الا بالخدمة على الوصية

واذا خدم على الوصية سنة جازت وصيته بالعتق واذا

اوصى بخدمة امته لرجل سنة ثم يعتق وترك ابنين لا وارث

له غيرهما فاعتقها احدهما لم يجز لان رقبتها في حق الخدمة

سنة مملوكة للاجنبي وفي الاعتاق ابطال ملكه فلا يجوز

بخلاف الوصية بخدمتها لورثته سنة فاعتقها احدهم جاز

لما بيناه **باب الحقوق في الوصية**

والتركة **قال** المنتقى هشام عن محمد رجل اوصى بعبد والموصى

له غائب قال ينفق على العبد من مال الميت فاذا قدم الموصى

له وقبل الوصية رجع عليه بالنفقة ان كان النفقة باذن

القاضي لان الوصية وقعت موقوفة على قبول الموصى له وقد

تردد امرها بين القبول ووقوع الملك للموصى له وبين

الرد واستقرار ملك الورثة فيها والملك كان **ثابتا**

للموصى الى ان يزول التوقف فيجب الانفاق في **ملكه**

فاذا ظهر الملك للموصى له من وقت الموت يجب الرجوع عليه

مات رجل في سفر مع قوم قال استحسن ان يبيعوا متاعه (ان كان معهم طعام لمولاه)

وثيابه ولا يبيعوا رقيقه ولا ينفقون على الرقيق من مال

الميت لكن العبد ياكل من طعام مولاه او كان زيادة دراهمه (كان لمولاه هو الذي ياكل منه)

فينفقها على نفسه من غير ان يدفعوا اليه ٥ هشام عن محمد
في رجل اوصى لاخر ان يزرع له في كل سنة عشرة اجربة من
ارضه فالبذر والسقي والخراج في مال الميت لانه اوصى ان
يزرع له ولم يحصل (لن) ذلك الا وان يكون البذر والسقي من
مال الميت ٥ هشام (عن محمد) عن ابي حنيفة رحمهما الله في رجل اوصى
لرجل بثمرة نخله او بزرع قد ادرك فالخراج على الموصى له
ولو قطع الثمر وحصد الزرع ثم اوصى به لرجل فالخراج
على الموصي لان في الاول المنفعة (النفقة) حصلت للموصى له والخراج
انما يجب بسبب الارض النامية التي يحصل الانتفاع والارتفاق
بها لمالكها ولهذا اذا اصابتها افة قبل الادراك او بعده
قبل القطع والحصد لم يجب الخراج لانها فاتت قبل ان صارت
محرزة بحرز فاما بعد القطع والحصد فالمنفعة حصلت للموصي
والمحرز له دخل في ملكه وحرزه فتفرد وجوب الخراج عليه ٥
ولو اوصى لرجل بقطن ولاخر بحبه او اوصى لرجل بلحم شاة
حية ولاخر بمسكها او لرجل بحنطة في سنبلها ولاخر بتبنها
قال محمد على الموصى لهما التخليص واحد ولو اوصى له بقطن
وسادة وللاخر بالوسادة فعلى صاحب القطن اخراجه

والفرق

تناولت الوصية الزرع له ؟

قال محمد كل شي لو اصابته افة لم يلزم صاحب الارض الخراج فاوصى به فعلى الموصى له الخراج و كل شي اذا اصابته افة يلزم صاحب الارض الخراج فاوصى به فليس على الموصى له الخراج قال هشام وتفسيره لو اوصى بثمرة نخله او زرع قد ادرك فخراجه على الموصى له ؟

والفرق ان صاحب اللحم والحنطة لا يتوصل الى حقه الا بالتمييز
والتخليص فكان التخليص والتمييز عملاً لهما فكان راجعا عليهما
وصاحب الوسادة يتوصل الى حقه من غير تمييز القطن وصاحب
القطن لا يتوصل اليه فكان عليه اخراجه ولو اوصى بارض
فيها زرع دون الزرع او اوصى بالزرع دون الارض ترك
الزرع حتى يحصد باجر مثله نفيا عن الضرر للموصي والموصى
له ومراعاة ونظرا للجانبين (للجهتين) ولو اوصى بنخل لرجل دون الثمرة
عليها او اوصى بثمر نخل دون النخل ثم مات قبل ان يدرك
يترك عليها حتى يدرك بغير اجر لانه لا يمكن تركها باجر
المثل لان استئجار الاشجار لا يجوز ولا يمكن قطعها (قلعه) لان فيه
ضررا بصاحبها فتترك على حالها حتى تدرك بخلاف الارض لان
استئجارها جائز فامكن ترك الزرع باجر المثل ولو اوصى
بالثمر ان تباع ويجعل ثمنها في المساكين ثم مات قبل ان تدرك
تترك حتى تدرك بغير اجر ولو اوصى بالزرع بان يباع ويجعل
ثمنه في المساكين ثم مات يترك حتى يدرك باجر مثل الارض من
ثمن الزرع لما بينا ٥ ولو اوصى بارض ان تباع ويجعل ثمنها
في المساكين وفيها زرع او حب لم ينبت بعد قال يجعل

على الورثة اجر مثل الارض في تسخصد ه رجل اعار من رجل
زقاقا فجعل فيها زيتا فاخذه صاحبها في موضع لم يجد
فيه زقاقا فجعل عليه باجر مثلها الى موضع يجد فيه زقاقا
فيحول زيته وكذلك لو استاجر الزقاق وانقضت

قال محمد

الاجارة ولو اوصى بنخل لرجل وبثمرها لاخر عشر سنين فقطعها
رجل قال يغرم قيمتها ويشتري بها نخلة مثلها فيغرس مكانها
وينفق عليها في سقيها وعلاجها من بقية القيمة حتى يدرك
ويطعم ثم تكون ثمرتها للموصى له بها ما بقي من المدة فان مضت
المدة قبل ان تدرك النخلة فقد بطلت وصية صاحب الثمرة
وان نفدت البقية (النفقة) قبل ان تدرك الثمرة وقبل مضي المدة فلصاحب
الاصل ان ينفق عليها بامر القاضي ويرجع بذلك في ثمرتها
وقد مرت في كتاب النفقات

باب وصايا اهل الذمة

وصايا اهل الذمة على اربعة اقسام منها وصية بما هو
قربة مطلقة كما لو اوصى النصراني بان يسرج في بيت المقدس
او يتصدق بثلث ماله على الفقرا او يعتق عنه رقاب بثلثه
او كان من الروم فاوصى بان يغزى الترك بماله صحت الوصية
لان من شرط صحة الوصية ان يكون الموصى به قربة في الجملة

المبسوط

عندنا وعندهم ومنها ما ليس بقربة اصلا ومنها ما هو قربة عندنا لا عندهم ومنها ما هو قربة عندهم لا عندنا اما الوصية بما هو قربة مطلقا

[illegible]

لا

لا ان يوجر ويثاب عليه كالمسلم اذا اوصى بما هو قربة ولم
يقصد القربة بل قصد بها الريا والسمعة يصح الوصية
وان لم يوجر ويثاب عليها وهذه قربة عندنا وعندهم
فيجب اعتبارها تحقيقا لغرضهم لانا امرنا ان نتركهم وما
يدينون ومنها ما هو وصية بما هو معصية مطلقة كما
لو اوصى للنايحات والمغنيات او اوصى اليهودي لكنيسة
النصارى او النصراني لبيعة اليهودي او لبيت نار المجوس
(صحت لانه تمليك لهم)
نظر ان كانت الوصية لاقوام معينين جاز وان كانت لغير
(لانه لم يتعين جهة القربة فبقي تمليكها)
المعينين لا يصح لان التمليك للمجهول لا يصح ومنها ما هو وصية
(والتمليك)
بما هو قربة عندنا لا عندهم يجوز ان يوصي بان يحج بثلث
ماله او يبني مسجدا للمسلمين (ينظر) ان كانت لقوم معينين صحت وان
كانت لغير معينين لا تصح لانه لا يعتقدونه قربة ونحن امرنا
بنا معاقداتهم (ومعاملاتهم) على عقائدهم (اعتقادهم) وديانتهم فصار كالوجه الثاني
وذكر في الزيادات ذمي اوصى ان يجعل داره مسجدا للمسلمين
لا يصح لانه ليس بقربة عندهم ومنها ما هو وصية بما هو
قربة عندهم لا عندنا كما لو اوصى بان يبنى البيعة او الكنيسة
وبيت النار او بان يسرج في البيعة فعند ابي حنيفة يصح هذه

الوصيه من ثلث ماله وعندهما لا يصح كما لو اوصى بها المسلم ولهذا
لو فعل ذلك في حال حياته لم يصح ولم يمنع الارث لانه ممنوع من
احداث البيعة والكنيسة في دار الاسلام فكذلك بعد وفاته
له انه اوصى بما هو قربة عنده فوجب ان يصح لانا
امرنا بان نتركهم وما يدينون وان ندعهم وما يعتقدون ولهذا
يصح معاملاتهم في الخمور والخنازير ويجوز وصيتهم بالخمر
والخنزير فكذا هذا ولو بنى في حياته بيعة او كنيسة ثم مات
صارت ميراثا لان عندهما اذا اوصى بذلك لا يصح واذا فعله
بنفسه اولى ان لا يصح وعنده يزول ملكه بانها متعبدا لانها
لم تتصف بكونها مسجدا فلم يثبت جهة القربة فيها مطلقا ولا
يزول بجعلها وقفا لان الوقف اذا لم يكن موصى به لا يجوز
عند ابي حنيفة فبقي على ملكه بخلاف الوصية لانها مزيلة للملك
في الاصل فلا يعتبر فيها جهة القربة للازالة فان من اوصى ما
ليس بقربة يصح ووصية الذمي جائزة في ثلثه ولا يجوز لوارثه
لانهم بعقد الذمة التزموا احكامنا ولو اوصى حربي مستامن
لمسلم او ذمي بكل ماله صحت لان الوصية بما زاد على الثلث انما لا
تصح لحق الورثة ولا حرمة لحقهم لانهم في دار الحرب الا ترى انه

لا

الا اذا كانت لقوم معينين لهما انه اوصى بما هو معصية فلا يبطل
اذا اوصى به
بيننا معاقداتهم على عقايدهم وديانتهم لانا امرنا
فكذلك وصاياهم
لانه مال عندهم
فلان لو زال ملكه فانما يزول بجعلها بيعة ومتعبدا او بجعلها وقفا والوقف اذا لم يكن موصى به لا يجوز عنده وجعلها معبدا انما يوجب زوال الملك اذا صارت البقعة مسجدا لان المساجد لله تعالى وهذه البقعة لم تتصف بكونها مسجدا بل يتنزل فيها اللعنة والسخط فلم يثبت جهة القربة مطلقا فلم يصر لله تعالى فبقي على ملكه بخلاف المسلم جعل داره مسجدا لان ذلك قربة مطلقة

لا حرمة لملكهم حتى جاز استغنام اموالهم فلان لا حرمة لحقهم اولى
بخلاف ما لو كان له وارث في دار الاسلام لانه ذمي او
مستامن مثله فيكون لحقهم عصمة وحرمة ولهذا لا يجوز استغنام
املاكهم
اموالهم فيجوز ان يمنع الجواز لحق الوارث ولو اوصى
ببعض ماله يدفع الباقي الى ورثته من اهل الحرب لان حق
المستامن معصوم محترم فلا يزول ملكه الا برضاه ولم
يوجد منه الرضا بزوال ملكه الى غير ورثته فوجب الدفع
الى ورثته مراعاة لحقه لا لحق الورثة ولو اوصى مسلم او ذمي
لحربي مستامن جاز لان المستامن بمنزلة الذمي لان الامان المؤقت
خلف عن الذمة في حق الاحكام بدليل ان ماله صار معصوما
عن الاستغنام بالامان المؤقت كما يصير معصوما بالامان
المؤبد ثم الوصيه للذمي جائزة فكذا ما هو ملحق به وبالاستيمان
لنا ولم يبق حربيا علينا والنهي انما ورد في حق الحربي لا في
حق المستامن ك الزيادات ولو ارتد المسلم
الذين نصوا في وصاياه بمنزلة الذي ارتد اليهم لان تصرفات
المرتد نافذة عندهما للحال فكل ما يجوز من اهل الذمة دينه
الذي انتقل اليه ينفذ منه وما لا فلا وعند ابي حنيفة وصاياه

الذمي او المستامن
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه ليس من اهل البر والصلة لانا نهينا عن البرة لاهل الحرب لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية وجه ظاهر الرواية
ان صار مسلما
وهو المستامن
عند محمد

باطلة ان قتل او مات على الردة لان تصرفات المرتد عنده تبطل
بالقتل او بالموت على الردة ووصايا المرتدة جائزة لانها لا تقتل
ولا تقر على الردة بل تجبر على الاسلام ويكون حكمها حكم من
انتقلت اليه من الدين ٥ القسم الثاني [فيما يتعلق من الحكم] بالموصى له

باب الوصية لقرابته واهل البيت

المبسوط ٥ مسائله على فصول احدها في الوصية لقرابته
والثاني في الوصية لاهل بيته [او جنسه] والثالث في الوصية لاهل
بيت فلان والرابع في الوصية لاخوته **فصل**
ولو اوصى بثلث ماله لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام
لان القرابة مشتقة من القرب والقرب من كل وجه انما
يثبت بالاتصال من الجانبين ثم لا يخلو اما ان اوصى لذوي
قرابته او لذوي ارحامه او اوصى لذي قرابته او لذي رحمه
فان اوصى لذوي قرابته او لذوي ارحامه فعند ابي حنيفة
هو لكل ذي رحم محرم منه اثنان فصاعدا الاقرب فالاقرب
وعندهما والشافعي يستحقه الواحد ويستوي فيه المحرم وغير
المحرم والبعيد والقريب لان اسم القرابة يعم ويشمل الكل
لقوله عز وجل وانذر عشيرتك الاقربين دعا رسول الله

قلنا لانها لا تبطل وصيته للحال ح

لهما

بدليل انه لما نزل قوله تعالى وانذر عشيرتك الاقربين

صلى الله عليه وسلم قبائل قريش وانذرهم واكثر بني
هاشم يستوي المحرم منه وبعد عنه في القرابة ولان [اطلاق] اسم القرابة
ينطلق على الاباعد من الاقارب فانه يقال لمن بعد منه
هذا قريبي والقرابة اسم جنس فيتناول الواحد فصاعدا
كاسم الرجل **له** [وابو حنيفة] انه من اوجب الوصية باسم الجمع
وهو قوله لذوي قرابتي فالمثنى جمع من وجه لوجود معنى
الاجتماع فيه والجمع من وجه ملحق بالجمع من كل وجه في
الميراث فكذا في الوصية لانها اخت الميراث وكذا [والثاني انه] يعتبر
الاقرب فالاقرب في الميراث ويكون الابعد محجوبا بالاقرب
فكذلك في الوصية لانها اخت الميراث لقوله عليه السلام
الوصية اخت الميراث والاخية تقتضي المساواة والمشاركة
في اصل الاستحقاق ويعتبر [والثالث] ان يكون ذو رحم محرم من الموصي
حتى ان ابن العم لا يستحق هذه الوصية لان مقصود الموصي من
الوصية صلة الرحم فيختص بها من يستحق الصلة بالقرابة
وهي القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للصلة لانه يتعلق بها
استحقاق النفقة والعتق عند دخوله في ملكه ويستوي
فيه الرجال والنساء [الوارثة] لان اسم القرابة يتناولهما بصفة واحدة

في عرف استعمال الكلام

اكثر من اطلاقه على الاقرب من الاقارب ح

ولا يقال لمن قرب منه كالعم هذا قريبي ح

اعتبر في استحقاق هذه الوصية اربع شرايط احدها ان يكون المستحق مثنى فصاعدا ح

وهو انضمام الفرد الى الفرد ح

لانه علق استحقاق المال باسم القرابة فيعتبر بما لو علق الشرع استحقاق الميراث باسم القرابة وفي الميراث يقدم الاقرب فالاقرب ح

والرابع ان لا يكون ممن لا يرث من الموصي لان قصد الموصي صحة الوصية ولا يصح الوصية للوارث ح

ويلبس في لفظ الموصي ما يدل على تفضيل الذكر على الانثى
فيكون هذا من الميراث نظير اولاد الام ولا يدخل فيه
الوالدان والولد لانه لا ينطلق عليهما اسم القرابة لقوله
تعالى الوصية للوالدين والاقربين عطف الاقربين على الوالدين
والمعطوف غير المعطوف عليه ولان الجزوية والبعضية بينهما
ثابتة واسم القرابة لا يطلق مع وجود الجزوية والبعضية
عرف الاستعمال
في العرف ولهذا لا يستجيز واحد من العقلاء من نفسه ان يقول
لوالده او لولده هو قريبي ويعد جفاء من قائله والجد والجدة
او ولد الولد من ذكر او انثى يدخلون في هذه الوصية
لانهم ينسبون اليه بواسطة والقريب من ينسب اليه بواسطة
غيره والجزوية بينهما منعدمة حقيقة فيتناولهم اسم القريب
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجد لا يدخل بمنزلة الاب
لان اسم الوالد يتناوله فلا يتناوله اسم القريب وعند ابي
حنيفة لو كان القريب واحدا يستحق نصف الوصية لان ما زاد
على الواحد ليس له نهاية معلومة فلا يعتبر المزاحم اكثر من
الواحد كما في الميراث ه فان كان له عم وخالان فنصف
الثلث للعم والنصف للخالين لان الواحد لا يستحق اكثر من الثلث

فقد ع

نصف لانه

لانه يجعل جميع الثلث للمثنى فصاعدا فبقي النصف الاخر للخالين
فكان لهما
لانه لا يستحقه احد اقرب من الخالين ولو ترك ابنا وعمين
وخالين فالوصية للعمين خاصة لان قرابة العمين اقرب من قرابة
الخالين وانما شرطنا الولد لكيلا يكون العم وارثا وعندهما
يقسم ارباعا فيشترك الكل فيه وان كان عما وعمة وخالا
وخالة فالمال للعم والعمة وان كانت العمة لا يتقدم على الخال
والخالة في الميراث لان قرابتهما بالنسبة الى الاب كقرابة العم
لتساويهما في الدرجة الا انها لا تستحق العصوبة لوصفها
وهي الانوثة لا لقصور في قرابتها فبهذا لا يخرج قرابتها من ان
يكون اقرب من قرابة الاخوال وكانت اقرب من قرابة الخال
وكذلك لو اوصى لانسابه لانهما لفظان مختلفان ينبئان
عن معنى واحد وهي القرابة يقال بين الرجلين مناسبة اي قرابة
ويقال هذا نسيبي اي قريبي ه واما اذا اوصى لذي قرابته
او لذي رحمه يستحق الواحد الكل حتى لو ترك عما وخالا فالثلث
كله للعم عنده لانه لم يذكره بلفظ الجمع وانما ذكر اسم القرابة
وانه اسم جنس فيتناول ادنى ما يطلق عليه الاسم ولو اوصى
لذوي قرابته ولانسابه الاقرب فالاقرب فوجد منهم

لانه يعتبر الاقرب فالاقرب ع

كالعم الذي لا يرث لرق او لكفر يساوي العم الذي يرث في استحقاق الوصية لان حرمان الميراث لوصف فيه لا لضعف قرابته ع

واحدًا فكلها له لان قوله الاقرب فالاقرب تفسير الكلام
المبهم والمبهم اذا اعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وهذا
اللفظ يتناول الواحد فصاعدا ويتناول المحرم وغير المحرم
فيدخل الكل فيه ك **فصل** ولو اوصى لاهل
بيته او لحسبه او لنسبه او لاله فهو لقرابته من قبل ابيه
الى اقصى اب لهم في الاسلام ويدخل فيه الغني والفقير لان
المراد باهل بيته اهل بيت النسبة عرفًا وعادةً وحسبه
واهل بيته سوا والانسان انما يكون من جنس قوم ابيه
لا من جنس قوم امه واهل بيته قوم ابيه ايضًا بدليل ان ولد
العربي يكون عربيًا وان كانت امه حبشيه او تركيه والآل
اسم للقبيله التي ينسب اليها فكان الاول واهل البيت واحدا
بخلاف القرابه فان اسم القرابه يتناول قرابة الاب والام جميعًا
ويدخل فيه الغني والفقير لانه اوجب الوصيه باسم عام يتناول
الكل وان كانوا لا يحصون لان الوصيه للغني القريب
قربه لانها صلة الرحم وصلة الرحم قربه فكانت الوصيّة
واقعه لله تعالى فصحت كالوصيّة للفقرا بخلاف ما لو اوصى
لبني فلان او لقبيلة فلان وهم لا يحصون فهي باطلة لانه لا يمكن

وكل من يضمه واياه بيت النسب

ثم فرق ابو حنيفة بين الوصية لاهل بيته وبين الوصيه لذوي قرابته فان ثمة صرف الوصية الى الاقرب فالاقرب وهنا صرفها الى قرابة ابيه والفرق ان اسم القرابة واهل البيت الى اقصى اب في الاسلام متناه ان لم يكن متناهيا فمما اورد ذلك الى ادم فامكن العمل بعموم هذا الاسم فيجب العمل الا ان في القرابة صار هذا الاسم للاقرب عرفا وشرعا لما بينا فلا يمكن العمل بعمومه م

تمييزه

تمييزها قربه لانه ليس في وصية الاجنبي الغني قربه فلم تقع
الوصية لله تعالى والموصى لهم لا يحصون فجهالة الموصى له تمنع جواز
هذه الوصيه لانه لا يمكن تنفيذها للعجز عن تنفيذها **فصل** ولو
اوصى لاهل بيت فلان فاهل بيت الرجل بنو ابيه الذين ينسبون اليه
اقصى اب في الاسلام ذكورهم واناثهم كافرهم ومملوكهم
سوا لما ذكرنا وان كان من ولد العباس فمن ينسب الى العباس
من جهة الاب دون الام وكذلك الحسب والجنس والاول لان هذه
الالفاظ تستعمل استعمالًا واحدًا يقال آل عباس واهل
بيت عباس وحسبه والمراد بها واحد ويدخل فيها ولد الموصى
ووالده لان اسم اهل البيت والحسب والجنس والال يتناولهم حقيقه
وعرفًا ولا يدخل في ذلك ولد المراة وامها لان الولد والام
غير منسوب الى ابيها لان النسبه الى الآباد دون الامهات
الا ان يكون ولدها من بني عمها بان تزوجت بابن عمها فولدت
منه ولدًا يدخل في الوصية لكونه من بني عمها لا لكونه من
عمها لا لكونه ولدها وابوها من اهل بيتها والآل والاهل
هي الزوجه عند ابي حنيفه قياسا لان اسم الاهل يتناول الزوجة
خاصه عرفًا وشرعًا اما عرفا فانه يقال لمن له زوجة

لا تمنع؟

هو متأهل وأما شرعًا فقوله تعالى وسار باهله آنس من
جانب الطور نارًا وقال لاهله امكثوا اني آنست نارًا
والمراد به الزوجة وعندهما كل من يعوله في داره وينفق
عليه لان الاهل والعيال يستعملان استعمالًا واحدًا
يقال هؤلاء عيال فلان واهله وفلان قليل الاهل
والعيال وفلان كثير الاهل والعيال وان لم يكن له زوجة
وذلك الاسم يتناول الاحرار دون المماليك فان الانسان
لا يقول لعبده انه من اهله وعياله وان كان يعوله وليس
في منزله لم يدخل لان اهله من يجمعه داره الا ترى ان الرجل
قد ينفق على المساكين ولا يكونون من اهله ولا يدخل الموصي
لاهله في ذلك لانه اوجب الوصاية للمضاف اليه دون
المضاف اليه قال والاختان ازواج كل ذات
محرم منه وكل ذي رحم محرم من ازواجهن من ذكر
وانثى وهذا في عرف اهل الكوفة فاما في ساير البلدان
لا يطلقون اسم الاختان الا على ازواج البنات ولا يطلقون
على محارم الازواج واصهار كل ذي رحم محرم من نسائه
كن منكوحات او معتدات في طلاق رجعي وكل ذي رحم

ولمن لا زوجة له غير متأهل

ويجمعه منزله من الاحرار دون المماليك لان اسم الاهل يتناول من يعوله

قال مشايخنا

فانهم يطلقون اسم الختن على هولاء

لان الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح ما بقيت العدة

محرم

محرم من نسائه يسمى من اصهاره فصل
ولو اوصى لاخوته بالثلث وله ثلاثة اخوة متفرقين فان كان له
اب او ابن صحت لهم الوصية وان كانت له بنت بطلت حصة
الاخ من الاب والام وذلك التسع لانه يرث مع البنت
والاخ لاب مع الاخ لاب وام والاخ لام لا يرث مع البنت ثم
اجعل جميع المال على تسعة اسهم لحاجتنا الى حساب
له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة للاخ للاب وللاخ للام
ثلثا الثلث وذلك سهمان لانه اوصى بثلث ماله لثلاثة
وقد صحت الوصية للكل لان الوارث من اهل الوصية
الا ترى لو اجازها الورثة جاز الا انه خرج من الوصية
برد الورثة فكان للباقين ثلثا الثلث فيكون حصة الاخ لاب
وام سهم من تسعة والوصية للاخوة تكون وصية للاخوة دون
الاخوات عندهما وعند محمد وصية للاخوة والاخوات جميعًا
لهما ان اسم الاخوة لا يتناول الاخوات بحقيقته
بل بمجازه ولهذا قال الله تعالى فان كانوا اخوة رجالًا
ونساء فقد فسر الاخوة بالرجال والنساء ولو تناول اسم
الاخوة الاخوات بحقيقته احتاج الى هذا التفسير ولو وجد

لان الوصية وقعت لغير الوارث لان الاخوة لا يرثون مع الابن والاب

لا يرث

في الوصية مثل هذا التفسير بان قال لاخوة فلان رجالا
ونسا دخلت الاخوات فيها ولو قال ثلث مالي لاخوتي
وله اخ واحد وهو يعلم او لا يعلم فله نصف الثلث لما بيناه
فصل ولو قال اوصيت بثلث مالي لقرابتي ولعترتي قال هو
كله للقرابة ولا يرد منه الى الورثة شي كانه قال لقرابتي ولبني
ادم قال محمد لو اوصى لاخوته واخواته بثلث ماله فهم للذين كانوا
يعرفون بالخاه وينسبون اليه ولو اوصى بثلث ماله لحشمه
فحشمه كل من كان يعوله ويجري عليه نفقته ولا يدخل في ذلك ولده ووالده
ووالده ولا زوجته ولا امهات اولاده ومدبريها ورقيقه
ويدخل فيه ساير قراباته ۞ **باب الوصية لبني فلان**
اولاولاد فلان او لفقرائه او لقرابته او لمواليه ونحوه

اولاهل بيته

في المبسوط ۞ فيه فصول احدها في الوصية لبني فلان والثاني
في الوصية لاولاده والثالث في الوصية لقرابته والرابع
في الوصية لاهل بيته وايامه **فصل** ولو
اوصى لبني فلان فان كانوا يحصون صحت ويدخل فيه الذكر
والانثى والفقير والغني لان الوصية وقعت لمعلوم وان كانوا
لا يحصون فالوصية باطلة لانه لا يمكن تنفيذها للكل لانهم

لانا عجزنا عن تنفيذ هذه الوصية

لايحصون

لا يحصون والموصي لم يرد به الكل لانه لا يمكن صرفها الى الكل
ولا يمكن تنفيذها للبعض لان البعض ليس باولى من البعض
فبطلت الوصية كما لو اوصى لواحد من عرض الناس بخلاف ما
لو اوصى للفقرا الا ان الوصية للفقرا وقعت لله تعالى والفقرا
مصارف ولهذا لا يرتد بردهم وجاز صرفها الى الواحد منهم
عند ابي يوسف والله تعالى واحد معلوم فوقعت الوصية
له اما هنا الوصية تناولت الفقرا والاغنيا فوقعت الوصية
للغني لا لله تعالى حتى يرتد برده والموصى له مجهول ولو اوصى
لبني فلان ولا يحصون فان كانوا فقرا جازت الوصية
لانها وقعت لله تعالى وان كانوا اغنيا لا يجوز لانها وقعت
للعباد وقد تعذر تنفيذها ثم لا يخلوا اما ان كان فلان
ابن قبيله او اب او جد فان كان فلان ابن قبيله ذكورا
او اناثا فالثلث بينهم بالسوية اذا كانوا يحصون لان النسا
اذا اختلطن بالرجال يغلبن بنعت الرجال ويخاطبن بخطاب
الرجال قال الله تعالى واقيموا الصلاة واتوا الزكاة
وقد تناولت ذلك الرجال والنسا جميعا وقوله تعالى فان كانوا له
اخوة فلامه السدس وقد تناولت الذكور والاناث

لم يذكر في الكتاب و م

وان كن خلطا قالوا على تعليل قياس محمد لهذه المسئلة يكون الثلث لهن لانه قال ويحسن ان يقال هذه المراة من بني فلان واذا كان يطلق هذا الاسم على المراة الواحدة فكذلك يطلق على الاناث المفردات اسم البنين وان كان فلانا ابا او جدا وله اولاد بنات فلاشي لهن فان كانوا بنين وبنات فالثلث للذكور خاصة عند ابي حنيفه وعندهما للذكور والاناث جميعا وذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفه وهو الاصح وعند محمد يدخل الاناث لمحمد ان الاناث متى اختلطن بالذكور يتبعن بعث الذكور فانه يقال بنو ادم بنو هاشم وبنو تميم فانه يتناول الذكور والاناث لهما ان حقيقه هذا اللفظ ينطلق على الذكور خاصة وانما ينطلق على الذكور والاناث حالة الاختلاط بضرب مجاز والعمل بالحقيقه واجب ما امكن مع ان في استعمال هذا المجاز اشتراك لان فلانا اذا كان ابا او جدا قد يذكر هذا الاسم ويراد به الذكور خاصه دون الاناث لانه قد يخلو اولاده عن الاناث فاطلاق هذا الاسم على الذكور خاصة حقيقه مستعمله وعلى الاناث خاصته غير مستعمله لحالة الاختلاط وقع الشك في دخول الاناث

انا ثا م

ذكور م

فلان من قبيلة فاذا كان م

ويغلب الذكور على الاناث م

ولهذا لو اوصى لاخوة فلان دخل الاخوة والاخوات تحت الوصية دل عليه قوله تعالى فان كانوا اخوة وقد تناول الذكور والاناث م

كما يذكر اسم الابن ويراد به الذكور والاناث م

تحتها

تحت الوصيه فلا يدخل بالشك بخلاف ما لو كان فلان ابن قبيله لان اولاده لا يخلوا عن انثى فلا يجوز ان يراد بهذا الاسم الذكور خاصة فينصرف الى الذكور والاناث لضرورة عدم خلو اولاده عن الاناث وبخلاف ما لو اوصى لبني تميم لان المقصود ليس هو الاعيان والاشخاص وانما المقصود الانتساب والانضاف وليس لولد الولد شي وان كانوا ذكورا مع ولد الصلب وان لم يكن لفلان ولد صلب فالوصية لابن ابنه لان ولد الابن يسمى ولدا الا انه ناقص في الاضافه والانتساب اليه لانه مضاف اليه بواسطة والناقص لا يدخل تحت مطلق اسم الاضافه كاولاد البنات وعند الاطلاق يحمل على ولد الصلب لانه احق بهذا الاسم فان تعذر العمل بالحقيقه يحمل على المجاز تحريا للجواز ولان ابن الابن قام مقام الصلب حال عدم الصلب في الميراث حجبا واستحقاقا وسقط اعتبار نقصان الاضافه اليه شرعا فكذلك في الوصيه لانها اخت الميراث ولو اوصى لبني فلان بالثلث ولم يكن لفلان بنون يوم الوصيه فهو لبنيه الذين حدثوا قبل موت الموصي لان الوصيه تمليك من الموصى له بعد الموت فيعتبر وجود الموصى له وقت موت الموصي لا حالها

بجرد م

دون بنات ابنه

والوصية للاخوة على هذا الخلاف تكون وصية للاخوة دون الاخوات عندهما لان اسم الاخوة لا يتناول الاخوات حقيقته بل مجازه و لهذا قال الله تعالى فان كانوا اخوة رجالا ونساء فقيد الاخوة بالرجال والنساء ولو لم يتناول اسم الاخوة الاخوات لما احتاج الى هذا التفسير ولو وجد في الوصية مثل هذا التفسير بان قال لاخوة فلان رجالا ونساء دخلت الاخوات فيها م

الوصيه ولهذا صحت الوصيه بثلث ماله وان لم يكن له مال
وقت الوصيه ٥ وان كان لفلان بنون اربعه فمات منهم
اثنان وولد له اخران ثم مات الموصي فالثلث للباقين وللمولودين
سوا لانه متى اضاف الوصيه الى بني فلان مطلقا ولم يسمهم
تقع الوصيه لبنيه الموجودين يوم الموت لا لبنيه الموجودين
وقت الوصية لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر
الملك له وقت الموت حتى لو قال اوصيت بالثلث لبني فلان
هولاء وسماهم يقع لبنيه الموجودين وقت الوصية حتى يبطل
بموتهم ولا يكون لبنيه الموجودين بعد الموت فصل
ولو قال اوصيت لولد فلان دخل الذكور والاناث
فيه لان اسم الولد يتناول الكل حقيقة وكذلك الجنين لانه
ولد فان كانت له بنات وبنو ابن فالوصيه للبنات لان اسم
الولد يتناول البنات الصلبيه حقيقه وولد الابن مجازا لان
الاسم مشتق من التولد والتفرع والبنت الصلبيه متولده منه
حقيقه وولد الابن متولد متفرع بواسطه فان لم يكن له ولد
صلبي فالوصيه لولد الابن الذكور والاناث سوا ولا شي لولد
البنت الا في روايه الخصاف لان ولد الابن مضاف ومنسوب

واما تصح الوصية للجنين بشرط ان ينفصل حيا فاما اذا انفصل ميتا فلا وصية له فصارت الوصية للجنين معلقة بشرط ان ينفصل حيا وتعليق الوصية بالشرط والاخطار جايزة م

اليه بواسطه الابن ولكن في الاضافه اليه نوع قصور فعند الاب
الاطلاق ينصرف الاسم الى الولد الصلبي حقيقة وعند عدمه
يحمل على ولد الابن مجازا فاما ولد البنت غير منسوب ومضاف
اليه لكن الانساب بحقيقه يكون من جهه الاباء دون الامهات لان
على ما نشرحه في كتاب الوقف ولو لم يكن له الا ولد واحد فكل
الثلث له لان اسم الولد يتناول الولد الواحد فصاعدا ولو
اوصى بالثلث لاكابر ولد بني فلان وله اولاد بعضهم ابنا سبعين
وبعضهم ابنا ستين وبعضهم ابنا اربعين فالوصيه لابنا ما زاد
على الخمسين لان من هو دون الخمسين في النصف الاول شي م وكذلك لو قال اكابر
رقيقي احرار لان خمسين وما دونه في حد الحداثه والشابه العتق
وما زاد عليه في حد الكبر والشيخوخه والعتاقه ٥ ولو قال
ثلث مالي بين بني فلان وبين بني فلان ولاحدهما ثلاثه بنين
ولاخر واحد كان الثلث بينهم على عدد روسهم وان لم يكن
للاخر ابن رد نصف الثلث الى الورثه ولو قال بين اعمامي
واخوالي وله عم وخال فالثلث بينهما لان ادنى الجمع في باب
الوصيه والميراث اثنان ولو كان له ابن واحد فالثلث بينهم
ارباعا لفلان سهم ولابنه سهم وللمساكين سهم ويرجع سهم

لانه احق م

فصل م

قالا نظر الى الستين فمن كان منهم في النصف الاخر فله الوصية م وليس م

عم واحد او عمان وليس له خال رد نصف الثلث الى الورثة ولو قال لاخوتي وله اخ واخت وهو يعلم او لا يعلم فله نصف الثلث ولو قال ثلث مالي لفلان ولبنيه وللمساكين فاذا لفلان م

الى الورثه لانه قال لبني فلان والابن الواحد لايكون
بنين ويكون الابنان بني فلان لان اسم الجمع ينطلق على الاثنين
المفتاوى رجل اوصى بثلث ماله لبني فلان وهم ثلاثه
فمات احدهم قبل موت الموصي فان كان ابوهم حيا فالثلث بينهما
نصفان وان كان ميتا بطل ثلث الوصيه والثلثان بينهما
نصفان قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ لان الاب لما
مات لم يتوقع له ولد سواهم فانصرف الوصيه الى عددهم
وصار كانه قال ثلث مالي لفلان وفلان وفلان فلما مات احدهم
بطلت وصيته **فصل** ولو اوصى بثلثه لقرابه
بني فلان وهم لايحصون دخل فيها مواليهم وموالي مواليهم
وحلفاهم وعبيدهم بنفسه بين من يقدر عليه منهم بالسويه
لان كل فريق من هولاء ينسبون الى فلان بالبنوه فان الحليف
والمولى من بني تميم يقول انا من بني تميم ولهذا قال عليه
السلام ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والحليف من والى
قوما ويقول انا اسلم ويحلف على ذلك ويحلفون له على
الولاء والعبيد من بصرهم بغير حلف وان اعطى لكل
واحد منهم جاز عند ابي يوسف وعند محمد يعطيه اثنين فصاعدا

ولو اوصى بثلثه لال فلان او لاهل بيت فلان ولنسله اهل بيت فلان قرابة فانه يعطى الرجل الذي سماه وعياله الذي يعوله من ولده امراته فيهم ح

وموالي الموالاة ح

لما ياتي في باب الوصيه للفقرا وان كان فلان ابا
خاصا وليس بابي قبيله ولا فخذ فالثلث لبنيه لصلبه ولم يدخل
الموالي والحليف في الوصيه لانهم لاينسبون اليه اذا لم يكن اب
القبيله ولم يكن اب القبيله مضاف اليه **الجامع** ولو
قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسة فاذا هم ثلثه
او اثنان فالثلث لهم لان قوله وهم خمسة لغو من الكلام
لان ذكر عدد البنين لايفيد لان الوصيه صحيحه بدونه فلغي ذكر
العدد فلا يعتبر صدر الكلام فبقي قوله اوصيت لبني فلان
وقد وجد الجمع المضاف اليه الوصية فصحت ولا يطرح
من الثلث شي ولو قال لابني فلان فاذا الابن واحد كان له
نصف الثلث لان الابن الواحد لايسمى ابنين فلم يوجد الجمع المضاف
اليه الوصيه فلا يجوز ان يستحق الواحد جميع الثلث فيستحق
نصف الثلث لان الواحد دخل تحت الاثنين باعتبار البعضيه
ولو كان معه ابن آخر يستحق نصف الثلث فلان يستحق نصف
الثلث حالة الانفراد اولى ولو قال لابني فلان زيد
وعمرو فاذا له ابن واحد فله كل الثلث لانه منها الموصي احر
كلامه فصار كانه قال اوصيت بثلث مالي لزيد وعمرو

لان مواليهم ... وبنو ... لايدخلون تحت الوصية فالموالي اولى ح

التبيين لايتصف بالخمسه و

صدر الكلام وهو

لانه لم يوجد جمع الاسم المضاف اليه الوصية ح

اقل الجمع في باب الوصية اثنان لان ح

والكلام اذا تعقبه تفسير كانت العبرة للتفسير وقد سقط اعتبار المفسر ح

وابني فلان ولو صرح بهذا ولم يكن لفلان الا ابن واحد كان
له كل الثلث لانه اضاف جميع الثلث الى زيد وضم عمرًا اليه
ولم يصح ضم عمرو اليه اذا كان ميتا فلم يثبت لزيد شريك
في الثلث فوجد جميع الاسم المضاف اليه الوصية فصار كما لو
قال ثلث مالي لزيد وعمرو فاذا عمرو يوم الوصيه ميت
فالثلث كله للاخر فكذا هذا او لو قال اوصيت بثلث مالي
لبني فلان وهم ثلاثه فاذا هم خمسة فالوصيّة لثلاثه منهم
والخيار الى ورثته لان قوله وهم ثلاثه صحيح لانه تخصيص البعض
ما تناوله اسم البنين اذا كان بنوه خمسه وتخصيص بعض العدد
من الاسم العام صحيح فيعتبر به اول كلامه فصار كانه قال
اوصيت لثلاثه من بني فلان صح والبيان للورثه فكذا هذا
لان الجهالة في الوصيه متى كانت مستدركه محصورة لا يمنع
جواز الوصيه كما لو اوصى لاولاد فلان فالوارث قايم
مقامه في البيان لان المقصود من الوصيه مجداي ثلاثه
كانت وهو الاكرام والانعام بخلاف المسئلة الاولى لان
ذكر الخمسة غير صحيح لانها غير موجودة وانه غير مفيد فلغى
ولو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسة ولفلان

ثلث

فكان له جميع الثلث وهذا في معنى قول محمد ولا يشبه التسمية في هذا عين التسمية لانه متى سمى فقد وجد في الباقي جميع الاسم المضاف اليه اسم الوصية وهو اسم زيد واذا لم يسم لم يوجد في الباقي الاسم المضاف اليه الوصيه وهو الجمع ولو قال

فان اوصى معهم لاخر فله الربع لان قوله وهم ثلاث قد صح فصار كانه قال اوصيت بثلث مالي لثلثة من بني فلان ولفلان م

ثلث مالي فاذا للاول بنون ثلثه كان الاجنبي شريكهم بالربع
لان قوله وهم خمسة لغو اذا كانوا ثلثه فبقي قوله اوصيت
لبني فلان ولفلان فكان لثلثه ارباع الثلث لبني فلان وربعه
لفلان لاستواء الكل في الوصيه ⁂ باب الوصيّة
لليتامى والارامل والايامى والشباب والجيران
والكهول ⁂ في المبسوط ⁂ ولو اوصى ليتامى او لارامل بني
فلان فالوصيه جايزه يحصون ام لا قال واليتيم كل من مات
ابوه ولم يبلغ الحلم غنيا كان او فقيرا لقوله عليه السلام
لا يتم بعد الحلم وهكذا قاله محمد والخليل بن احمد وقولهما حجه
في اللغه ثم اليتيم في اللغه ماخوذ من اليتم وهو الانفراد
والمباينه عن الشي كما يقال هذه الدرة يتيمه لانفرادها
عن اشكالها ونظايرها ويسمى المراة يتيمه مجازًا لانفرادها
عن قوم الرجل الا انه في عرف الشرع اسم لمن انفرد عن ابيه
في حال صغره والارامل كل امراة فقيرة بالغه فارقت زوجها
او مات عنها دخل بها او لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا
قاله الزاهر ان الارملة المراة التي لا زوج لها ماخوذ من قولهم
ارمل القوم اذا فني زادهم والذكر يسمى ارملا مجازا

صاحب العين م

خلافا للشافعي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال
رجل ارمل الا في الشذوذ ومطلق الكلام يحمل على الشايع
المستفيض لا على الشاذ والنادر ثم اليتامى ان كانوا يحصون

بين الناس ح

فالثلث بينهم بالسويه يدخل الغني والفقير فيه وان كانوا
لا يحصون فهو للفقرا خاصة من يقدر عليهم لان اليتامى يذكر
ويراد به الفقرا المحاجين قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شيء الايه ذكر اليتامى واراد به المحاجين ولهذا تبين ان
اسم اليتيم لغة مايبنى عن الحاجه وكذا اسم الارمل ينبي عن الحاجه
فيكون هذا وصيه بالصدقه والوصيه بالصدقه وصيه
لله تعالى فيكون جايزه لان الله تعالى معلوم فامكن تخصيص
المحاجين له من يقوم مقامهم باضافه الوصيه اليهم تصحيحا
لعقده ٥ وان اوصى بثلثه لايامى بني فلان او ثيب بني فلان

ولو اعطاه واحدا على الخلاف الذي مر م

او ابكار بني فلان ولم يحصين فالوصية باطلة لجهالة الموصى
له وليس في اسم الايم ماينبي عن الحاجه حتى يحمل على الوصيه بالصدقه

خلاف الايامى واليتامى على مامر ح

وان كن يحصين فهو بينهن بالسويه ٥ والايم كل امراة
لا زوج لها وقد جومعت حراما او حلالا بلغت او لم تبلغ
غنية او فقيرة وقال الكرخي وابو القاسم الصفار الجماع

والانوثه

والانوثه ليس بشرط لثبوت هذا الاسم حتى فالا بان الرجل
والبكر دخلا تحت الوصيه بدليل قول الشاعر
ان القبور تنكح الايامى النسوة الارامل اليتامى
والقبور كما تضم الثيب تضم البكر والصحيح قول محمد
لانه حجة في اللغة وهكذا قاله الخليل ابن احمد في العين ولهذا
قال عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستامر
في نفسها عطف البكر على الايم والمعطوف غير المعطوف
عليه وليس في الشعر تنصيص على البكر ويجوز ان نقول ان (ونحن نقول)
البكر غير مراد بالاسم والثيب مثلها الا في خصلة كان لها
زوج او لم يكن لها في الثيب واسم الثيب يتناول المراة
دون الرجل لان اطلاق اسم الثيب على المراة حقيقة مستعمله
ومطلق الاسم يحمل على المتعارف وقوله عليه السلام الثيب
بالثيب على الرجل مجاز الحكم المقابلة بالمراة كقوله تعالى
وجزاء سيئة سيئة مثلها سمي الثانيه سيئة وان كان
حقا لحكم المقابلة ٥ والبكر كل امراة لم تجامع كان لها زوج
ام لا وان ذهبت عذرتها بغير جماع فهي بكر لان البكر اسم
لامراة كان مصيبها اول مصيب لها ولهذا يقال باكورة الثمار

لقوله عليه السلام الثيب تشاور وقوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد ماية ورجم بالحجارة اطلق اسم الثيب على الرجل مجازا ح

غنية كانت او فقيرة ح

وما يكون الثيب [اي] اولها وبعد زوال العذرة كان مصيبها اول مصيب لها فكانت بكرا والثيب [اسم] لامراة كان مصيبها عايدا اليها مشتق من المثابة وهي العودة ٥ **المنتقى** ولو اوصى بثلث ماله لجيرانه او لاهل مسجد كذا او لاهل سجن كذا فان كانوا يحصون قسم على اغنيائهم وفقرائهم لانه ليس في اللفظ ما يدل على التخصيص بالصدقة فيه على التعميم ولو اوصى [رجل] لرجل من جيرانه بماية درهم ثم اوصى لجيرانه بماله ينظر الى ما اوصى لهذا خاصة والى [ما] يصيبه مع الجيران فايهما اكثر فهو له ويدخل الاقل في الاكثر لان الماية اذا كانت اكثر فانه يستحق باسم الجيرة ويدل اثره الموصي بتعين الماية فلا يستحق شيا اخر متى كان نصيبه مع جيرانه اكثر فيكون رجوعا عما سمى له واشراكا له مع الجيران كلهم ولو اوصى بثلث ماله لمجاوري مكة فالوصية جائزة وان كانوا لا يحصون صرف الى اهل الحاجة منهم وان كانوا يحصون قسمت على عددهم [رؤوسهم] واختلفوا في تفسير الاحصاء قال ابو يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب او حساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا اكثر من ماية فهم لا يحصون وقيل الامر موكول الى القاضي وهو الاحوط قال ابو يوسف

[هامش: قال محمد رحمه الله]

[هامش: وتقديره]

[هامش: وقيل اذا كان لا يحصيهم المحصي حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت فانهم لا يحصون]

لو اوصى لكهول اهل بيته فهو لابناء الثلثين الى الاربعين والشاب والفتى اذا احتلم الى ثلثين والشيخ من كان شيبه اكثر فهو شيخ وان كان السواد اكثر فليس بشيخ وفي رواية اخرى عنه ان الكهل من اربعين الى خمسين الا ان يكون الشيب غالبا عليه فهو شيخ وهو رواية عن محمد وهو الاظهر وفي رواية اخرى عن محمد من ثلثين الى اربعين وقال ابو يوسف في موضع اخر ان بلغ [ثلثا] ثلثين وخالطه شيب فهو كهل وان لم يخالطه شيب فهو شاب والعبرة الشمط والشيب فان الناس تعارفوا ذلك واطلقوا الاسم عليه عند وجود العلامة وهي الشمط والشيب ٥ **باب الوصية للموالي** ك المبسوط ٥ اصله ان كان الاسم المشترك لا يتناول الا الواحد من المسميات كاسم العين لا يتناول الا الواحد المنكر وهي عين الينبوع او عين الركبة او عين الباصرة اما لا يتناول الكل وان كان العين اسما للكل حقيقة لان الاسم الواحد لا ينتظم المسميات المختلفة او المتضادة في حالة واحدة لاستحالة ان يكون الكل مرادا للمتكلم بكلمة واحدة ومن اوصى لمواليه وفيهم اعلى واسفل

[هامش: صار كهلا / وقال في موضع اخر ان بلغ الثلاثين]

[هامش: وفي بعض الروايات الاعتبار بالسن لانه امكن مراعاته في حق الكل على نهج واحد وفي بعضها من حيث الامارة والعلامة]

لم يجز الوصية عند ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي حنيفة
وابي يوسف انها جائزة ويكون الثلث للاعلى والاسفل
لانه علق الوصية باسم عام له شمول فيشمل الاعلى والاسفل بطريق
الحقيقة لان اسم المولى يطلق على المعتق وعلى المعتق شرعا واستعمالا
ولهذا لو قال لعبده يا مولى يعتق بلا نية والاطلاق اسم
المولى على الناصر والمحب بطريق المجاز لانه لم يتصل به استعمال
الناس ولا يتبادر اليه اوهامهم (افهام) الا بقرينة والكلام لحقيقته
وهذا الاسم عام امكن العمل بعمومه فيجب العمل به وجه
ظاهر الرواية ان العمل بعموم الاسم متعذر لانه اسم مشترك
لانه يتناول المعتق والمعتق والمقصود مختلف فان الوصية
للمعتق يكون مجازاة على انعامه واحسانه عليه والوصية
للمعتق يكون زيادة على انعامه وابتداء عليه وبين الجزاء
الجزاء على الانعام وبين ابتداء الانعام تناف واذا اختلف المقصود
تعذر حمل الاسم عليهما لان الاسم المشترك لا ينتظم المعنيين
المختلفين في حالة واحدة فبقي الموصى له مجهولا فبطلت الوصية
وليس هذا كما لو حلف لا يكلم موالي فلان دخل في اليمين الاعلى
والاسفل لان الاسم يتناول احدهما منكرا الا انه نكرة

حـ

(هامش: والاسافل لانه علق الوصية باسم عام يعم الاعلى م)

(هامش: مسائله على فصلين احدهما في الوصية للموالي والثاني في الوصية لبني فلان وتدبها م فظهر العدد بخلاف ما مضى م)

في موضع النفي فيعم وفي الاثبات يخص **الجامع** اوصى
بثلث ماله لمواليه وله موالي اعتقهم ولمواليه موالي اعتقوهم فهو لمن
اعتقهم واولادهم (اولاد مواليه م) دون موالي مواليه لان اسم الموالي لمن اعتقه
حقيقة ولموالي مولاه بمنزلة المجاز (بيان المولى الى ثلاث بسبب العتق) لانه انما يتصف ويسمى بكونه
مولى له بسبب اعتاقه وهو باشر اعتاقه ولم يباشر اعتاق
مولى مولاه الا انه كان مسببا لعتقه فان معتقه انما باشر العتق
باعتاقه ولهذا يضاف اليه بواسطة فيقال مولى مواليه
ولهذا يجوز نفي اسم المولى عن مولى مولاه فيقال هذا انه ليس
بمولى له وانه مولى مولاه لان الولد صار مضاف الى معتق الاب
فيقال مولاه لان الولد صار معتقا بعتق الاب لا باعتاق ابيه
وعتق الاب مضاف الى اعتاق معتقه فيكون عتق الولد بواسطة
عتقه مضاف الى اعتاقه كولد المكاتب والمدبر ولهذا لا
يجوز نفي اسم المولى عن اولاده فيقال هذا ليس بمولى فلان
فان كان له موليان فالثلث بينهما (لهما) لان الاثنين في باب الوصية
والميراث بمنزلة الجمع الثلث بالاجماع (باجماع الامة) ولو كان له مولى واحد
ومولى مواليه فالنصف من الوصية لمولاه والباقي للورثة
لانه معتقه مولاه حقيقة ومعتق معتقه مولاه مجاز والمجاز

(هامش: ثبت ان هذا الاسم لمولاه حقيقة ولمولى مولاه مجازا فاطلقه انصرف الى ... مولاه وكذلك ولد المعتق م)

مع الحقيقة لا يجتمعان تحت لفظ واحد فدخل هذا الواحد
تحت الوصية وقد اوجب استحقاق الثلث باسم الجمع والوا[ثلث][حد]
فرد واسم الجمع في الوصية ينطلق على الاثنين فكان الواحد
نصف افل الجمع فيستحق النصف ه وان لم يكن له مولى فهو
لموالي مواليه لان العمل بحقيقة الاسم هاهنا متعذر فحملناه
على المجاز تصحيحا لكلامه اذ المتكلم قد يريد المجاز عند تعذر
العمل بالحقيقة صونا لكلامه وتصرفه عن البطلان وموالي العتا[قه]
اولى من موالي الموالاة لان ولاء العتاقة اكد واحكم [واثبت] واقوى
والزم من ولاء الموالاة لان ولاء العتاقه لا يحتمل الفسخ وولا
الموالاه يحتمل الفسخ والنقض قبل العقل ولان ولاء العتاقه
ثابت بدليل مقطوع وهو الاجماع وولاء الموالاة ثابت
بالاجتهاد مع الاختلاف والثابت بالاجماع اقوى واكد
من الثابت بضرب من الاجتهاد مع مساغ الاختلاف [فيه] فيقدم
الاقوى على الاوهى ه فان لم يكونوا فلموالي الموالاة وكذلك [الجواب]
اذا اوصى لموالي بني فلان لقوم يحصون فالثلث لموالي العتاقه
ومواليهم دون موالي الموالاة لانه اضاف الوصية الى اصل
عام وهو موالي الجد فلان فعلم بعموم الاضافه على انه اراد به كله

نعم

> اذ المتكلم قد يريد المجاز عند تعذر العمل بالحقيقة م

> وجه الاستحسان استحسانا وجه القياس ان كل واحد من المولين ثبت بمباشرة سبب منه وهو الاعتاق وعقد الموالاة فكان ولا كل واحد منهما ثابتا بطريق الحقيقة وقد استويا في الولا فاستويا في الاستحقاق وجه الاستحسان انه م

> كما في الميراث م

> وفيهم موالي العتاقه ومواليهم وموالي الموالاة م

تعميم المنتسبين الى الفخذ من مواليه بواسطة وبغير واسطة لانه
متى اراد الموصي التعميم في الوصية وانما يتحقق التعميم متى صرفنا
الاسم الى المجاز لانه معنى المجاز يوجد في الحقيقة وزيادة فكان
تعميمه بعموم المجاز لا بالجمع بين الحقيقة والمجاز كمن حلف لا يضع
قدمه في دار فلان فدخلها راكبا او ماشيا حافيا يحنث
لان وضع القدم لما صار مجازا عن الدخول والدخول
يتحقق باي صفة دخل وموالي الموالاة انما لم يدخل لان ولاءه
اضعف من ولاء العتاقه وان كان الاسم يتناوله بعموم
فلا يزاحمه في الاستحقاق او بعدم تساويه في صفة الاستحقاق
والمدبر وام الولد لا يستحق الوصيه للموالي لانهما يعتقان
بالموت فلم يكن ولاهم ثابتا وقت الوصيه وعن ابي يوسف
انهما يستحقان الوصيه لان الولا يثبت بالتدبير والاستيلاد
في حال حياته قلنا الثابت في الحال حق الولا لا [حقيقة] الولا
لان حق العتق ثابت فيثبت حق الولا وحقيقه العتق يثبت حقيقه
الولا وحق الولا لا يحتمل الفسخ والنقل لحقيقه الولا حتى اذا
دبر احد الشريكين نصيبه من العبد المشترك فالولا يكون بينهما
فان عتق كله باعتاق المدبر عندهما ولو قال لعبده ان لم

> وليس هذا جمع بين الحقيقة والمجاز تحت لفظ واحد م

> فاما متى صرفناه الى الحقيقة لا يتعمم

> فكنا هذا والاسم وان كان حقيقة لمولى الموالاة ولكن ولاؤه اضعف

> وانما ثبت بعد موت الموصي فلا يدخلان تحت الوصية م

> بدليل ان احد الشريكين اذا دبر نصيبه من العبد المشترك فالولا يكون بينهما ولو لم يكن الولا ثابتا للحال بالتدبير يكون الولا كله للمعتق عندهما لان عتق الكل باعتاق عندهما م

> ولهذا كان الولا بينهما اذا اعتق م

اضربك فانت حر ولم يضربه يستحق الوصية مع الموالي لان شرط
العتق قد تحقق وهو عدم الضرب لتحققه في اخر جزء من اجزاء
حياته فكان من حال نفاذ الوصية ووجوبها فلذلك يستحق الوصية

باب الوصية للفقراء والمساكين

المبسوط ولو اوصى بثلث ماله للمساكين للوصي ان يصرف
كله الى مسكين واحد عندهما وعند محمد ليس له ان يصرف الا
الى مسكينين فصاعدا وعند الشافعي يصرف الى ثلاثة فصاعدا

حصلت بلفظ الجمع والوصية

لمحمد ان الوصية اخت الميراث بالنص والاثنان اقل

لانها ملحقة بالميراث

الجمع في باب الميراث فكذلك في الوصية لان الاختيه

ان الصيغة وان كانت للجمع الا انها صار مجازا عن الجنس لتعذر العمل بعمومها

تقتضي المساواة والمشاركة بينهما لهما ان الالف
واللام متى دخلا على لفظ الجمع لا يحتمله العد والاحصا يصير
للجنس ويسقط اعتبار معنى الجمع فيه كمن حلف لا يكلم الناس
اولا يتزوج النساء حنث في بكلام واحد ويتزوج امراة واحدة
لانه لا يمكن العمل بعموم الجمع فصار للجنس وقد مر شرحه في
الايمان فكذا هذا واسم الجنس يقع على الادنى ويحتمل الكل
فعند الاطلاق ينصرف الى الادنى وهو الواحد لانه لا يمكن
استغراق كل الجنس والعمل بعموم الجمع فينصرف الى الادنى وهو

الواحد

الواحد ولهذا قلنا بان المراد من قوله تعالى انما الصدقات
للفقراء الجنس حتى جاز الصرف الى فقير واحد الجامع
الصغير اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلاثة
وللفقراء والمساكين فالثلث على خمسة ثلاثة لامهات الاولاد
وسهم للفقراء وسهم للمساكين وعن محمد انه يقسم على سبعة
للفقراء سهمان وللمساكين سهمان وثلاثة لهن وكذلك
على هذا اذا اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فنصفه لفلان
ونصفه للمساكين عندهما وقال محمد اثلاثا واصله ما ذكرنا
وهو ما اذا اوصى بثلث ماله للمساكين المنتقى اصله
ان الوصية متى وقعت لجهة القربة فان نص على معنى يدل
على الحاجة نحو قوله لفقرائهم او لايتامهم او لارامله فان كانوا
يحصون فالوصية لاغنيائهم وفقرائهم لانه حصر نوعا منهم
فاستدعى عموم الحكم وان كانوا لا يحصون فالوصية لفقرائهم
لا لاغنيائهم لان الجهة معلومة وهي جهة القربة لان المبتغى
من الوصية للفقراء القربة فان اسم الفقر يدل على الحاجة
وكونه مصرفا للصدقات وكذا اليتيم يدل على الحاجة لانه
سبب يقتضي الى الحاجة قال الله تعالى فان لله خمسه

والمساكين م

وللرسول ولذي القربى واليتامى والمراد منه الفقراء دون
الاغنيا ولو اوصى بثلث ماله لفقراء اهل الكوفه فاعطى الوصي
فقرا اهل البصره يجزيه عند ابي يوسف وقال محمد وزفر
لا يجزيه ويضمن الوصي لانه عين المصرف والمحل فصار كما لو عين لعرفه
فقيرا واحدا ك لابي يوسف ان الغرض من الوصية للفقرا
التقرب الى الله تعالى وطلب الزلفى وابتغا الرضا واهل البصره
والكوفه اقوام لا يحصون فتعذر الصرف الى الكل فاذا
اعطى غيرهم حصلت الصلة والقربة والزلفى والمرضاة فجاز
واذا اوصى بثلث ماله لليتامى او للعميان او للزمنى فهو على
الفقرا لانا نعلم انه لم يرد به الا الفقرا ولو اوصى بثلث
ماله للمساكين وورثته محتاجون وهم كبار حضور فصرفوا
الى انفسهم او بعضهم محتاجون فصرفوا اليهم جاز وان كان
في الورثه صغير او غايب لا يجوز لان الوصية بالصرف تعلقه
المسكنه والحاجه وقد تحققت المسكنه والحاجه فيهم وكانوا
مصرفا اليهم وولايه الصرف تثبت لكل الورثه فما لم يوجد
منهم الاتفاق على الصرف لا يجوز ك ولو اوصى بثلث ماله لبني فلان
وهم خمسة عشر وللمساكين فيقسم بينهم على سته عشر سهما لكل

ابن سهم وللمساكين ولو اوصى بثلث ماله لفلان وللفقرا
والمساكين قال ابو حنيفه سهم لفلان وسهم للفقرا وسهم
للمساكين وقال ابو يوسف سهم لفلان وسهم للفقرا والمساكين
لان الفقير والمسكين صنف واحد من حيث المعنى لان كلا
الاسمين ينبيان عن الفقر والحاجة فصار كانه اوصى لفلان
وللفقرا وعند ابي حنيفه الفقير والمسكين صنفان مختلفان
فالفقير من له ادنى شي من المال والمسكين من لا شي له لان
المسكين ماخوذ من المسكنه وهي عبارة عن العدم قال
الله تعالى او مسكينا ذا متربة اي ملصقا بطنه بالتراب لشدة
الجوع وعدم الاطعمة فصار كانه اوصى لثلثة نفر وروي
عن محمد انه يقسم على خمسة لان عنده الفقير والمسكين صنفان
لفظا ومعنى لما مر فصار كانه اوصى باربعة اسهم لهما وسهم
لفلان ك ولو اوصى بثلث ماله للبايس والفقير والمسكين
فعلى قياس قول ابي حنيفه لكل صنف سهم لانهم اصناف
وانواع من الفقرا فالبايس الفقير المتعفف عن السوال
الذي لا يسال الناس والفقير من له ادنى شي ويسال الناس
والمسكين من لا يسال الناس شي وله شده الفقر والحاجه فصار

كما لو اوصى لمرضى بنى فلان ولعميانهم وزمناهم يصرف الى

الاصناف الثلثة فكذا هذا وعند محمد للفقير سهم وللمساكين

وصاحب الزمانة سهم

سهم ك الفتاوى ولو اوصى لاهل العلم ببلخ دخل فيه

اهل الفقه والحديث ولا يدخل فيه من يتعلم الحكمة مثل كلام

ابى سفيان وغيره لان هولاء يسمون المتفقهة لا طلبة

العلم وروى ابن سماعة عن ابى يوسف فى رجل اوصى بثلث

ماله لاكفان موتى المسلمين او لحفر قبورهم او لسقاية

المسلمين فهو باطل ولو قال فى اكفان فقراء موتى المسلمين

فهو جائز لان فى الاول اطلق الايصا والتكفين وحفر

القبور انما يجب من راس المال فاذا لم يصح للبعض فهم

الاغنيا لا يصح للباقين وفى الثانى نص على جهة القربة وهى

وهم ذوو الحاجة

الفقرا فصحت ك ولو اوصى بهذه البقرة لفلان لم يكن للورثة

ان يعطوه قيمتها ولو قال هى للمساكين جاز لهم ان يتصدقوا

بقيمتها وهو المختار للفقيه ابو الليث لان الموصا له متى كان

معلوما يحتاج الى قبوله الوصيه فاذا قبل الوصيه فقد ملكها

وليس للورثة ملك بعد وفاته فلا يجوز لهم دفع قيمتها فاما فى الصدقة

يجوز دفع القيمة لان المراد من الصدقة هى القربة وفى دفع

القيمة

القيمة قربة كما فى دفع العين فاستويا فى اقامة القربة

فجاز دفع القيمة كما فى الزكاة والنذور ت

باب الوصية للمساجد والرباطات

وفى سبيل الله وفى وجوب القرب ك المبسوط ك ولو اوصى

بغلة عبده او جاريته فى نفقة المسجد ومرمته جازت

لانه اوصى بما هو طاعة وقربة ولو انهدم المسجد وقد اجتمع

من غلتها فانه يصرف الى بنائه لانه من جملة مرمة المسجد والنفقة

عليه ك المنتقى قال محمد رجل قال اوصيت

وقال محمد هو جائز وكذا لو قال لبيت المقدس فانه ينفق على المسجد

ثلث مالى للكعبة فهو جائز ويعطى مساكين مكة بالاجماع

ولو قال اوصيت للمسجد روى عن محمد عن ابى يوسف انه باطل

الا ان يقول ينفق على المسجد وفى سراجية لمحمد ان المسجد

فصحت الوصية

جهة صرف وهى العمارة والزينة والمصالح وهى جهة قربة

لابى يوسف ان العادة جرت باضافة الصدقة الى الكعبة

والمقصود منه اعطا مساكين مكة وفى سائر المساجد لم يجد

العادة باضافة الصدقات الى المساجد ويراد بها اعطاء

المساكين ولو اوصى بعبده للمسجد حتى يخدم المسجد او يؤذن فيه

قال محمد خدمة الغلام للمسجد جائزة فان اكتسب الغلام

مالا فالمال للورثة لانه اوصى بصرف منافعه الى المسجد فصح
كما لو اوصى بخدمة عبده لاخر فاذا اخرج مخرج التقرب الى
الله تعالى اولى ان يصح والكسب [والمال] ليس من خدمة المسجد [في شي] فيسلم
للورثة باعتبار ملك الرقبة كما في العبد الموصى بخدمته
لاخر وكذلك لو اوصى بخدمة غلامه للمساكين او بمصاحف
توقف في المسجد يقرا فيها قال ابو حنيفة لم يجز ذلك
لما عرف ولو قال ثلث مالي للغزو في فلان او لغزو بني [للغزوين] فهو
جائز استحسانا لان الغزو داهل من مصارف الصلات والصدقات
ولو قال اوصيت بثلث مالي لله عز وجل قال ابو حنيفة
الوصية باطلة كما لو قال لعبده انت لله تعالى لا يعتق عنده
لانه وصف الثلث واضاف العبد الى من هو مضاف اليه
من حيث العبودية والخلق والملك وكانه الورى لله تعالى
قال الله تعالى ولله ملك السموات والارض وما فيهن
وقال محمد الوصية جائزة ويصرف الى الوجه البر لانه
يراد بهذه اللفظة عرفا الصدقة فان الفقراء انما يستحقون
الصدقات بالنيابة عن الله تعالى وقال الله تعالى وهو
الذي يقبل التوبة عن عباده ويأخذ الصدقات اي يقبل وكذلك

العتق انما يراد به وجه الله تعالى وطلب ثوابه وابتغاء مرضاته
وهذه النية لايقة للفظة مطابقة لها فان اراد به العتق
عتق وان اراد به الصدقة يصدق وان اراد به ان كله لله
تعالى لا يلزمه شي والنحو لان هذه المعاني محتمله اللفظ منتظمه
فيه ولو قال اوصيت بفرسي يغزى عليه عني قال يغزى
عنه ويستوي فيه الفقير والغني فاذا رجع رده على الورثة
فيدفعونه الى غيره ابدا يغزى عليه ولو قال فرسي وسلاحي
في سبيل الله فهذا على التمليك يملك رجلا واحدا فقيرا
وكذلك لو قال ثلث مالي في الغزو او في سبيل الله او
في السبيل فهو على هذا التمليك للفقراء واجب ان يعطوا الذين
يغزوا ولو قال اعطوا ثلث مالي من يغزوا عني فهذا قد
يعطى الغني ويغزو عنه ويرد الفضل من النفقة ٥ رجل
جعل فرسه في الغزو وقال يعطى فقيرا في سبيل الله تعالى
قال يحبس في الرباط يغزى عليه فان استغنى عنه يواجره
الامام بقدر علفه وان لم يستاجر احد باعه الامام
واوقف ثمنه حتى اذا احتاجوا الى ظهر اشترى بثمنه
فرسا يغزى عليه ٥ باب الوصية للرجلين

فاذا ملكه صنع به ما شا فان
قال قد جعلته حبسا في سبيل الله تعالى

بموت احدهما ك المبسوط ك ولو اوصى بثلث ماله لزيد
وعمرو او قال بين زيد وعمرو ثم مات الموصي ثم مات
احدهما فنصف الثلث للباقي ونصفه لورثة الموصى له
الميت لان الموصى به صار ملكا لهما حين وجد منهما القبول
بعد موت الموصي وكذلك ان مات احدهما بعد موت الموصي
قبل القبول ثم قبل الحي يملكان الموصى به لان الوصية لا تبطل
بعدم قبول احدهما لان الوصية المرسلة بمنزلة الميراث
حتى يصير شريكا للورثة في التركة والميراث لا يبطل بموت الوارث
فكذا الوصية بل يملكه الموصى له الميت في اخر جزء من اجزاء
حياته ولو مات احدهما قبل موت الموصي رجع نصيبه الى الموصي
لان الموصى به لم يصر ملكا للموصى له الميت بل يبقى على ملك
الموصي لان الوارث متى مات قبل موت المورث لا يرث
فكذا الموصى له ولو قال ثلث مالي لفلان وفلان واحدهما
ميت فالمال كله للحي لان قوله اوصيت بالثلث لفلان ايجاب
كمال الثلث له لو اقتصر عليه وكذلك قوله وفلان لان اللفظ
للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر لان الجملة
الناقصة متى عطفت على الجملة الكاملة فالخبر المذكور للجملة الكاملة

يصير

يصير مذكورا للجملة الناقصة وكان هذا ايجاب كمال
الثلث لكل واحد منهما على الانفراد لكن عند التزاحم يضيق
المحل مشتركا بينهما فكان ثبوت الشركة موجبا للمزاحمة
والمزاحمة يبنى على صحة الايجاب والايجاب لم يصح للميت
لانه ليس من اهل الملك فلا يتحقق المزاحمة فلم يثبت الشركة
فبقي كمال الثلث للحي وسواء كان الموصي عالما بموت احدهما
او لم يكن في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف اذا لم يكن عالما
فللحي نصف الثلث لانه اذا علم لم يقصد بذكر الميت ايجاب
الوصية له فكان ملغيا كلامه عابثا به فقد رضي بان يكون
جميع الثلث للحي كما اذا ضم الى الحي حائطا فاما اذا لم يعلم فقد قصد
ايجاب نصف الثلث لكل واحد منهما والوصايا يصح على قصد
الموصي وقد حسب ان الاخر حي فلم يرض بان يكون جميع
الثلث للحي وجه ظاهر الرواية ان الموصي اوجب كمال الثلث
للحي ونقصان حقه عن الثلث انما يكون بحكم المزاحمة والمشاركة
للثاني وذلك لا يختلف بين العلم والجهل فسلم للحي جميع الثلث

الزيادات اصله ان الوصية متى اضيفت
الى شخصين معينين اذا كانا اهلا للاستحقاق وعند الايجاب

نصيبه

والمشاركة والمزاحمة انما ثبتت بعد بطلان الايجاب

كان الثلث بينهما لان الايجاب لهما قد صح لوجود الاهلية
فيهما عند الايجاب وان انعدمت اهلية احدهما عند الاستحقاق
بالموت لان المزاحمة في الايجاب يثبت بسبب ايجاب النصف
لكل واحد منهما كما لو اوصى بالثلث لاجنبي ولوارثه لم يكن
للاجنبي الا نصف الثلث وان لم يثبت الاستحقاق لوارثه
لصحة الايجاب لهما لوجود الاهلية فيهما وان لم يكن
احدهما اهلا للاستحقاق عند الايجاب كان الثلث كله
للاهل كما لو اوصى بالثلث لفلان ولحائط او اذا قال
اوصيت بثلث مالي بين فلان وفلان واحدهما ميت ونصف
الثلث للاخر وكذا لو قال بين فلان وبين هذا الحائط ونحوه
لان كلمة بين تقتضي الاشتراك والتنصيف الا ترى لو قال ثلث
مالي بين فلان وبين فلان وسكت لم يكن له الا نصف الثلث
وكان الاشتراك موجب اللفظ لا بحكم المزاحمة في المحل بخلاف
ما لو قال ثلث مالي لفلان وفلان واحدهما ميت لان الاشتراك
والتنصيف بحكم هنا بحكم المزاحمة لا بموجب اللفظ لان اللفظ
يقتضي الافراد بالكل لما بينا ولو قال ثلث مالي لفلان
ولعقبه ثم مات الموصي فالثلث كله لفلان ولعقبه ثم مات

والتارج

وكلمة بين ملفوظ سواء كانا حيين او احدهما حي والاخر ميت م

ووصية لعقبه باطلة لانه جمع بين الموجود والمعدوم في الايجاب

الموصى

الموصي فالثلث كله لفلان والوصية لعقبه باطلة لانه جمع
بين الموجود والمعدوم في الايجاب لان عقب فلان من
خلفه بعد موته فلا يتصور له عقب في حياته واستحقاقه
الوصية حال حياة الموصى له والعقب معدوم حال
حياته والايجاب للمعدوم لا يصح ولو قال لفلان ولولد
عبد الله فالثلث كله لفلان لان الموصى له يعتبر يوم موت
الموصي لا يوم الوصية لانه ارسل الموصى له وهو ولد
فلان ولو ارسل الموصى به فقال ثلث مالي لفلان ينصرف
الى ثلث ماله يوم موت الموصي لا يوم الوصية فكذلك
الموصى له ولا ولد لعبد الله يوم موت الموصي فلم يصح
ايجاب الوصية له فبقي الايجاب لفلان فصار كانه اوصى
لفلان لا غير ولو قال ثلث مالي لفلان ان مت وهو فقير
ولفلان ابن فلان فمات الاول غني فللاخر نصف الثلث
لانه صح الايجاب لهما للحال لانه اوصى للعين والعين الا انه
علق استحقاق ما اوجب له بكونه فقيرا عند موته لا في الحال
فاذا كان غنيا انعدم شرط الاستحقاق واذا صح الايجاب
لهما في الحال والتنصيف بينهما من حكم الايجاب لان حكم

فمات ولا ولد لعبد الله م

الوصية لولد عبد الله انما يتناول ولده عند موت الموصي لا عند الايصاء لانه ارسل م

لان الايجاب للعين ولو اوصى بالعين يعتبر قيمته دون اعيان الوصية فكذا اذا اوصى للعين فصح الايجاب لهما للحال م

الاستحقاق واذا كان الايجاب منصفا كان حكمه منتصفا
بخلاف المسئلة المتقدمة لانه اوجب الوصيه لموصوف
مرسل فيكون الايجاب معتبرا عند الموت لا عند الايصاء
تحقيقه وتوضحه ان العين تعرف بالاشارة اليها لا بالصفه
لان الصفة في العين لغو فلم يشترط الوصف لتناول الايجاب
وغير العين يعرف بالصفة لا بالاشارة وانما يتناوله الايجاب
اذا وجدت فيه تلك الصفة عند موت الموصي فاذا لم يوجد
الصفة لم يتناوله الايجاب فكان الثلث للاخر وكذلك
لو قال ثلث مالي لفلان ان زمن وهو حي ولفلان ابن فلان
فان مات وهو حي فالثلث بينهما وان مات قبل موته كان
للثاني النصف لا غير ولو قال ثلث مالي لفلان ولمن افتقر
من ولد فلان ثم مات الموصي وولد فلان كلهم اغنياء
فالثلث كله لفلان لانه ضم الى فلان شخصا موصوفا
بكونه فقيرا وما اشار الى العين فيكون مرسلا لا معينا
فيعتبر فيه حالة الموت لا وقت الايصا وقوله لمن افتقر
يتناول من احتاج بعد ان كان غنيا من الاصل لان هذا
اللفظ انما يستعمل فيمن افتقر واحتاج بعدما كان غنيا

وفي المبسوط معه زيادة ثواب م

وقد

١٦٨

وقد بدت الشرع الى الاحسان اليه لقوله عليه السلام اكرموا
ثلاثة عزيز قوم ذل وغني افتقر وعالم بين الجهال فيجوز
ان يكون الموصي قصد بالتخصيص زيادة الثواب والفضيله

باب الجمع بين الوصايا

المبسوط فيه فصول فصل في الوصايا لله تعالى
وفصل في الوصايا للعباد وفصل في الوصايا لله تعالى وللعباد فصل
ولو كانت الوصايا لله تعالى كلها نافلة وليس شي منها معين
بان اوصى بان يحج عنه ويتصدق ويعتق نسمة فانه
يبدا بما بدا الميت في ظاهر الروايه لان كلها سوا في الثبوت
والمقصود وهو التقرب لابتغاء مرضات الله تعالى
وطلب الجزيل ثوابه والهرب من اليم عقابه وكان تقديم
ما قدمه الميت اولى لانه اهم والظاهر من حال الانسان
انه يبدا بما هو الاهم فالاهم فيثبت التقدم بدلالة حاله
ولو نص على الامر بالتقديم لزمنا اتباعه وانفاذه فكذلك
التقديم بدلالة الحال لان الثابت بدلالة الحال كالثابت
بصريح المقال وفي رواية يبدا بالافضل فالافضل يبدا
بالصدقه ثم بالحج ثم بالعتق لان الصدقه افضل الطاعات

الجمع بين م

الجمع بين م

اصله ان الوصايا الواقعة لله تعالى متى
اجتمعت وضاق الثلث عن انفاذها منها
ينظر ان كانت كلها تطوعا وليس شي
معين يبدا بما بدا به الميت لان تقديم
ما بدا به الميت ثابت بدلالة حال
الموصي متى اتحد الموصى له والمقصود
منهما لان الظاهر من حاله انه يبدا
بما هو الاهم والاحكم عنده على هذا
عادة اهل الكلام والنظام وان كان
بعضها عين او كلها عين فانهم
يتحاصون لانه اختلف الموصى له
والمقصود فكان لصاحب الحق لكل
واحد من الموصا لهم ثابتا صريحا و
تقديم ما بدا به الميت ثابت دلالة
ولا قوام للدلالة مع الصريح خلافهما
فان كانت الوصايا الواقعة لله تعالى
كلها فرايض وبعضها اقوى واكد
فاسبقا بالاقوى فالاقوى لان البداية
بالاهم والزم وان استوت في القوه
والوكادة في الفريضة بان اوصى بحجة
الاسلام وزكاة ماله وكفارة يمينه
اختلفوا فيه قيل يبدا بما بدا به الميت
وفي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
يبدا بالحج وقيل يبدا بالزكاة وان
كانت مع الفرايض نوافل يبدا بالفر
بالفرايض لانها اهم ثم المسايل على
ثلاثة اوجه اما ان كانت الوصايا
كلها نافلة او كلها فريضة او بعضها
نافلة وبعضها فريضه فان كانت كلها
نافلة بان اوصى بان يحج عنه ويتصدق
بماية ويعتق نسمة فانه يبدا بما بدا
به الميت في ظاهر الرواية وفي رواية

لا قائم

دون من كان فقيرا م

واجود الجزاات قال عليه السلام باهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة انا افضلها ولان نفعها عايد الى الغير ونفع غيرها مقتصر عليه وقد قال عليه السلام خير الناس من ينفع الناس والحج افضل من العتق لانه من الاركان الخمسة والبداية بالافضل اولى ولانه اجزل ثوابا واعظم اجرا وان كان بعضها عينا بان اوصى بان يحج عنه بمائة ويشترى نسمة بعينها بمائة ويعتق عنه ويتصدق بمائة فانهما يتحاصون لانه اختلف الموصاله والمقصود وكان ايجاب الحق لكل واحد من الموصالهم ثابتا مباشرة وصريحا وتقديم ما بدا به الميت ثابت دلالة ولا قوام للدلالة مع الصريح بخلافها وان كانت كلها فريضة وقد استوت الكل في الفريضة بان اوصى بان يحج عنه حجة الاسلام ويودي عنه زكاة ماله ويعتق عنه رقبة عن كفارة يمينه او عن كفارة قتله قيل يبدا بما بدا به الميت لاستواء الكل في الوكادة والفريضة كما في النوافل وروى ابو يوسف والحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو قول ابي يوسف انه يبدا بالحج ثم بالزكاة ثم بالكفارة لان فريضة الكل ثابتة بكتاب الله تعالى الا انه توعد تارك

الوصايا الواقعة لله تعالى كلها فرايض وبعضها اقوى واكد فانه يبدا بالاقوى فالاقوى لان البداية به اهم والزم وان استوت في القوة والوكادة

الحج

الحج بالكفر بقوله ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كفر فان الله غني عن العالمين وقال عليه السلام من مات ولم يحج حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا وان شاء مات نصرانيا ولم يتوعد على تارك الزكاة بالكفر وما كان التوعيد على تركه اغلظ واشد كانت البداية به احق والزكاة من الاركان الخمسة وهي تختص بالمال وجوبا واداء والعتق في الكفارة قد يتحول الى الصوم عند العسار فكانت البداية بالزكاة اولى وروي عن اصحابنا انه يبدا بالزكاة ثم بالحج ثم بالعتق وهو رواية عن ابي يوسف ايضا لان الحج تمحض حقا لله تعالى والزكاة ممتزجة بحقين بحق الله تعالى وحق العبد ابقا الحقين اولى من ايفا حق واحد وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لان هذه الكفارات اقوى واكد في الفرضية والوجوب لانها وجبت بالكتاب وصدقة الفطر وجبت بالاخبار المستفيضة والواجب بالكتاب اقوى واكد والاقوى يقدم على الاوهى وصدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر لان كفارة الفطر وجبت بخبر الواحد وصدقة الفطر وجبت بالاخبار مشهورة واجماع

فانها لا تتادى بغير المال

وقد ذكر القاضي الخليل في شرح مختصر الطحاوي

الامة وصدقة الفطر مقدمة على النذور والنذور والكفارات
كلها مقدمة على الاضحية لاختلاف العلماء في وجوبها والاختلاف
في وجوب النذور والكفارات والاضحية مقدمة على
النوافل الا في عتق نسمة بعينها بان اوصى بحج عنه حجة الاسلام
ويعتق عنه نسمة بعينها فانهما يتحاصان لان الوصايا قد
اختلف يعتبر التوزيع والمحاصة ولا يعتبر التقديم والمسابقة
ترجيحا للوصايا لان في الوصية بعتق نسمة بعينها حق الله
تعالى وحق العبد لان في العتق حق العبد وابقاء الحقين اولى من
ابقاء حق واحد **فصل** ولو قال ثلث مالي
لفلان وللحج فبينه وبين الحج نصفان لان الوصية بالحج وصية
لله تعالى فقد اجتمع الوصية لله تعالى والوصية للعبد فصار
كما لو اوصى بثلث ماله لاثنين يكون الثلث بينهما وان كان مع
الوصايا لله تعالى وصية الادمي يضرب كل وصية بحصتها ويعتبر
كل جهة من جهات الوصايا منفردة كما لو قال ثلث مالي
لفلان وللحج والزكاة والكفارة يقسم على اربعة لان الوصية
للعبد مع الوصايا لله تعالى مختلفة عرضا ومقصودا والجهة
هي المنصوص عليها فيعتبر من كل جهة على حدة كما لو اوصى للفقراء

والمساك

فكانت اقوى واكد

لان الاضحية واجبة عندنا والواجب مع النافلة اذا اجتمعا فالواجب اولى لانه الاهم شرعا

للعبد حقا

لان الحج محض حق الله تعالى

الثانية

والمساكين وابناء السبيل يضرب كل جهة بسهم وان كان المقصود
من الكل متحدا وهي القربة لانها حقوق الله تعالى وفي
حقوق العباد يعتبر الجهة **المنتقا** ولو اوصى بثلث
ماله لفلان وللبائسين والفقراء او اليتامى او لفلان وفي الرقاب
والمساكين فعنده ما يقسم على ثلاثة اسهم سهم لفلان وسهمان
لصنفين اخرين وعند محمد على خمسة لما مر **ولو** كان ثلث
ماله لفلان واوصى بثلث للفقراء اهل بيته وهم عشرة وللمساكين
ولحجة الاسلام وقيمة الحجة خمسمائة قال محمد اضرب لفقراء
اهل بيته بعشرة اسهم وللمساكين بسهم وذلك احد عشر فاضرب
لهم في الثلث باحد عشر وللحجة بخمسمائة ثم جعلنا الفقراء على خمسة
اسهم كل سهم خمسمائة ثم للحج منها سهم خمسمائة ثم بقي اربعة اخماس
يقسم على احد عشر سهما فما اصاب سهما فهي حصة المساكين جعلنا مع
ما اصاب الحج يحج به عنه لان الحج فريضة والوصية للمساكين
تطوع لانها وصية لله تعالى فكانت الفريضة اهم والوصية لفقراء
اهل بيته وصية للعباد والوصية للعبد مع الوصية لله تعالى
يتساويان في المحاصة ولو اوصى بثلث ماله لفلان وفي نسمة
والثلث قليل لا يوجد نسمة بنصيبه ثم يضرب صاحب الثلث في الثلث

نبصيف الثلث ويضرب السفه بادنى ما يشترى به السفه فان
كان الثلث اربعمايه وادنى ما يوجد به السفه ثلثمائه يضرب
صاحب الثلث بمايتين نصف الثلث وتضرب السفه بثلثمايه فيكون
الثلث بينهما على خمسة للموصا له خمساه وللسفه ثلثه اخماسه ثم
ترد حصة السفه على الورثه لانه لا يوجد بها سفه وكذلك
لو قال ثلث مالى لفلان وفى الحج كان لفلان نصف الثلث
ونصفه للحج فان بلغ حجا حج بها عنه حجات وان لم يبلغ حجه
حج بها عنه من حيث يبلغ النفقه **الفتاوى** رجل قال
اخرجوا من مالى عشره الاف واعطوا فلانا كذا او فلانا كذا
او فلانا كذا حتى بلغ احد عشر الفا ثم قال والباقى للفقرا
ثم مات فاذا ثلث ماله سبعة الاف قال تنفذ وصية كل
واحد منهم على تسعة اجزا من عشرين جزءا ويبطل من وصية
كل واحد احد عشر جزءا بخلاف ما لو قال اعطوا من ثلثى
مالى فلانا كذا وباقى الثلث بحالها فلا شى للفقرا ويعطى
اصحاب الوصايا كل واحد منهم تسعة اجزا من احد وعشرين
جزءا من وصيته ويبطل السهمان لان فى الاول ذكر
فى الابتدا جملة المال وجعل الباقى للفقراء فكانه سمى لهم سهما

كما سمى لغيرهم فيقسم الحاصل على سهامهم وفى الثانى لم يذكر
جملة المال فى الابتدا بل امر باعطاء كل واحد وصيته
من الثلث وجعل الفاضل للفقراء ولم يفضل شى من سهامهم

باب الوصية للوارث
(فوق السطر: لبعض)

(حاشية: وما يجوز من الوصية باجازتهم)

المبسوط ه لا وصية لوارث الا ان يجيزها ورثه الميت بعد
موته لقوله عليه السلام لا وصيه لوارث الا ان يجيزها الورثه
(حاشية: وهذا الاستثنا مشهور فيما بين السلف وهكذا ح)
روى عن ابن مسعود انه قال لا وصية للوارث الا ان يجيزها
الورثه بعد موته وهذا نص على ان الوصية للوارث انما لم
تجز لحق بقيه الورثه لا لحق الشرع كالوصية بما زاد على الثلث
للاجنبى لم يجز لحق الورثه لان حقهم تعلق بثلثى ماله فى مرض
(حاشية: واجازه الوارث الوصية لوارث او باكثر من الثلث فى حياة الموصى ليس بشى ح)
موته بدليل ان لهم ان ينقضوا تصرفه تبرعا فى ثلثى ماله وتقبض
التصرف فى ملك الغير يدل على تعلق الحق لهم به ولا يصح اجازتهم
فى حياة الموصى ويصح بعد موته وليس لهم ان يرجعوا بعد الاجازه
وان لم يقبض الموصا له وصيته لان الوصيه قبل الموت (فوق السطر: الموصى)
غير لازمة لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت فبالاجازة
(حاشية: لا تملك للحال ح)
لا تصير لازمة منبرمة فيجب ان يكون الاجازه بمثابتها عند
لازمه يكن للورثه الرجوع عنها كاصل العقد بخلاف ما بعد

الموت لانها صارت لازمة مبرمة فكذلك الاجازة الصادرة
من الورثه تصير لازمة ولان الاجازة قبل موت الموصي صدرت
من غير المالك حقيقه وحقا لان الورثه لا يملكون التركة
قبل موت المورث لا حقيقه ولا حقا بدليل ان المورث يملك
التصرف فيه بيعا ووطيا واستخداما واستيفاء واستغلالا
والاجازة الصادرة ممن ليس له حقيقه الملك ولا حق الملك لا
يصح بخلاف ما بعد الموت ك وما يجوز باجازة الوارث والموصى
له يملك من جهة الموصي لا من جهة المجيز حتى يجبر الوارث على التسليم
وقال الشافعي يملك من جهة المجيز حتى لا يجبر الوارث على التسليم كما لو
وهبوا وعلى هذا لو اعتق المريض عبده ولا مال له غيره فاجازت
الورثه عتقه بعد موته ينفذ العتق من جهة الميت حتى يكون كل
الولا له وعند الشافعي ثلث الولا للميت وثلثاه للمجيز كانه
اعتق ثلثيه والصحيح قولنا لان الوصيه صدرت من الموصي
مضافة الى ملكه حالا ومالا لان جميع ما له مملوك له وقت
الوصيه وبعد الموت يبقى على حكم ملكه لان ما زاد على الثلث
مشغول بحاجته فما لم تبطل هذا الشغل برد الورثه يبقى على حكم
ملكه ولا ينتقل الى الورثه كما كان مشغولا بدينه فمتى اجازت

لا له حق الملك

الورثه

١٧٢

الورثه بقي شغل الوصية فظهر انه لم يكن منتقلا الى ملكهم
وسقط حقهم فنفذ العقد السابق كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن
واذا اجاز بعض الورثه دون البعض يجوز في نصيب المجيز
ويبطل في نصيب الراد لان هذا مما يقبل الوصف بالتجزي
على مثال ابرا الديون ك ترك ابنين فاوصى لاحدهما بنصف
ماله واجاز الآخر ياخذ نصف المال والباقي بينهما لانه اذا
نفذت الوصية بالاجازة صار نصف المال مشغولا بالوصية
فلا يصير ميراثا كما لو حصلت الوصيه لاجنبي وبقي نصف
المال خاليا عن الوصيه فيصير ميراثا بينهما ولو اوصى مع ذلك
لاجنبي بنصف المال واجازا كان للاجنبي وللابن الموصى له نصفه
ولا ميراث لهما لانه صار جميع المال مشغولا بالوصية
والمشغول بالوصية لا يكون ميراثا الا انه يعطى النصف اولا
للاجنبي لان وصيه الاجنبي اقوى من وصية الوارث لان وصيته
بقدر الثلث يجوز من غير اجازة ووصية الوارث اصلا لا
يجوز الا بالاجازة والاقوى يقدم على الادنى ك ومن اوصى
بكل ماله ولا وارث له جازت الوصيه وقال الشافعي
لا يجوز الا بقدر الثلث والصحيح قولنا لقول ابن مسعود السائبه

يضع ماله حيث احب والسائبة التي لا وارث له ولا ابن وعن
اقراره خلاف فخل محل الاجماع ولان من لا وارث له لم يتعلق حق
احد بماله فصادفت وصيته مالا خاليا عن حق الغير لوجود
المطلق وهو الملك وفقد المانع مع امساس حاجته الى احراز المثوبه
واكتساب الدرجة الجميله في الاخرة فوجب ان تصح الوصية
ولو اوصى بكل ماله لرجل واقر باخ لاب من الغير وام فللموصى
له ثلث المال وما بقي للاخ لان المقر له بالنسب من الغير
اذا مات المقر على اقراره متقدم على الوصيه ولو جحد المقر بعد
ما اقر به صدق على رجوعه والمال كله للموصا له لان الاقرار
بالاخوة بمعنى الوصيه لان اقراره يصح في حق استحقاق المال
لا في حق ثبات النسب فقد اقر ان ماله له من جهته بعد موته
بغير بدل وهذا هو معنى الوصية فيكون جحوده رجوعا عن
الوصيه فيصح وكذلك لو كذبه اخوه في اقراره **الفتاوى**
امراة قالت في وصيتها اعطوا الاقرباء الذكور من مالي
يصح هذه الوصيه لقريبها الذي لا يرث منها والتقدير في ذلك
لمن خاطبه بذلك فيعطي من شاء لها قدر ما يطلق عليه اسم
الذكور لانها لما لم تقدر فقد جعلت التقدير الى المخاطب

باب الوصية للوارث والاجنبي فتجوز

بلا اجازة في المبسوط رجل اوصى لوارثه ولاجنبي فللاجنبي
نصف الوصيه لانه صح الايجاب فيما يملكه وبطل فيما لا يملكه
عند عدم الاجازة ولم يبطل هذا ببطلان الاخر لان الشركة
بينهما في حكم الايجاب وببطلان بعض الحكم لا يبطل الايجاب
بخلاف ما لو اقر المريض لاجنبي ولوارثه في كلام واحد وانكر
الاجنبي الشركة بطل الكل عندهما لان الاشتراك هنالك مخبر
عنه لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والخبر على المخبر وكان المخبر
به بمنزلة العلة والخبر بمنزلة الحكم للعلة فاذا لم يثبت المخبر
عنه وهو الاشتراك مع تكذيب شريكه لم يثبت حكمه وهو
الخبر في **الزيادات** مسايله على فصول احدها
في الوصيه للاجنبي مع اجازة الزوجة والثاني في الوصية
للاجنبي مع القاتل والثالث في الوصيه بالبيع من الوارث
ومن الاجنبي **فصل** الاصل ان الوارث اذا كان
بحال لا يحرز جميع الميراث فالوصيه بمقدار الثلث للاجنبي تنفذ
في التنفيذ على حق هذا الوارث وبما زاد على الثلث موقوف لان
الوصية بالثلث تقع نافذة موكلة بتنجيزه فتكون في التنفيذ

مقدمة و بما زاد على الثلث واهيه ضعيفه موقوفه على اجازة
الورثة وكانت موخرة في حق الورثة فاذا وصل الى الوارث
حقه صار كمن لا وارث له فتنفذ وصيته فيه ك امراة
ماتت عن زوج واوصت بنصف مالها لاجنبي جاز وللزوج
الثلث وللموصى له النصف بقي سدس لبيت المال لان وصية
الاجنبي بقدر الثلث وصية مؤكدة نافذه فكانت في التنفيذ
مقدمة فصار الثلث مستحقا بالوصيه فبطل الارث فيه
فبقي تركتها ثلثا المال فللزوج نصف ذلك وهو ثلث الكل
بقي ثلث آخر و ليس له مستحق بالميراث فينفذ فيه باقي الوصية وذلك
السدس وبقي سدس آخر لا وصية و لا وارث فيه فيكون لبيت
المال وكذلك لو مات الرجل عن امراته واوصى بماله كله للاجنبي ولم يجز
الورثة فللمراة السدس وخمسة اسداسه للموصى له لان الثلث
صار مستحقا بالوصية بقيت التركة ثلثا المال فللمراة ربع
ذلك والباقي للموصى له لان الوصيه مقدمة على بيت المال
ولو ماتت عن زوج واوصت لقاتلها بالنصف باخذ الزوج
النصف اولا و للقاتل النصف الاخر لان الوصيه للقاتل ضعيفه
لانه بمنزلة الوارث فيقدم الميراث عليهما فيستحق الزوج اولا نصف

لانها لا تجوز الا بالاجازة لتعلق حق الورثة به

والثاني ان من لا وارث له تصح وصيته بجميع المال لوجود المطلق وهو المالكية واهليته وافتقاد الحاجز والمانع وهو تعلق حق الورثة بماله

فوصل الى الموصى له نصف المال

المال

المال بالارث والنصف الباقي فارغ عن حق الارث فينفذ الوصيه
فيه كما للقاتل كما تنفذ الوصيه للقاتل في تركة من لا وارث
له ولو تركت عبدين قيمتهما سواء واوصت باحدهما لزوجها فله
العبدان بالارث والوصيه لانه صحت الوصية لفقد المانع
لكون المال عاريا عن حق الغير ك **فصل** اصله
ان الوصية للوارث بالثلث بمنزلة الوصية للاجنبي بما زاد
على الثلث حتى لا ينفذ كل واحد منهما الا باجازة الورثة لانها
صادفت محلا تعلق به حق بعض الورثة فبقيت على اجازتهم
فكانت وصية الوارث ضعيفه ك رجل مات عن امراته
لا غير واوصى لها بجميع ماله واوصى لاجنبي بجميع ماله بدانا
بالاجنبي واعطيناه ثلث المال اربعه من اثنى عشر ثم للمراة
ربع الباقي وهو سهمان بقي سته بين المراة والاجنبي نصفان
عند ابي حنيفه لان وصيه الاجنبي بقدر الثلث قويه و وصية
المراة ضعيفه ولا مزاحمة للضعيفه مع القويه فقدمنا القويه
فاحتجنا الى حساب له ثلث و ربع واقله اثنى عشر للاجنبي اربعه
وللمراة ربع ما بقي وذلك سهمان بقي سته فيجب تنفيذ الوصية
فيها لان وصيته كل واحد منهما فيها متساويه في الضوف والوهايه

فاعطينا الثلث للاجنبي وللمراة ربع ما بقي بالميراث فاحتجنا

وعندهما يضرب الاجنبي في الستة الباقية بثمانية والمراة بستة
فيكون بينهما كذلك للاجنبي اربعة اسهم وللمراة ثلثة من سبعة
فاذا صار نصف المال على سبعة صار الكل على اربعة عشر
وليس لذلك ثلث صحيح فاضرب اربعة عشر في ثلثة فصار اثنين
واربعين للاجنبي الثلث اربعة عشر وللمراة ربع ما بقي سبعة
بقي احد وعشرين للاجنبي اربعة اسباعه وذلك اثنى عشر
وللمراة ثلاثة اسباعه وذلك تسعة وهذا الخلاف بناء على
ان ما يستحق بالميراث يبطل فيه بالوصية ضربا واستحقاقا
عند ابي حنيفة وعندهما يبطل استحقاقا لا ضربا لما عرف
في حساب الوصايا ك ولو اوصى لها بنصف ماله وللاجنبي بنصف
ماله يضرب الاجنبي في الستة الباقية بسهمين والمراة بخمسة
اسهم بالاجماع لان للاجنبي اربعة من اثنى عشر بالوصية القوية
وللمراة ربع الباقي وذلك سهمان بقي ستة وقد بقي من وصية
الاجنبي سهمان تمام النصف ومن وصية المراة خمسة لانها اخذت
بالميراث سهمين احدهما كان وصيتها فيه فلا يعتبر وصيتها
في ذلك السهم لكون ذلك السهم مستحقا لها بالميراث
وللاخر ما فيه وصية الاجنبي فيعتبر فيه وصيتها فتضرب

فكانت القسمة اسباعا م

نعم ان الباقي من حقها خمسة م

هي بخمسة والاخر بسهمين فيكون النصف الباقي بينهما على سبعة
فيكون الكل على اربعة عشر وليس لذلك ثلث صحيح فاضرب
اربعة عشر في ثلثة فصار اثنى واربعة ك ولو ترك
الرجل عبدين قيمتهما سوا فاوصى باحدهما لامراته ولا وارث
غيرها ثم اوصى بذلك العبد للاجنبي كان كله للاجنبي ولها
نصف الباقي بالميراث والنصف لبيت المال لان الوصية
للاجنبي اقوى من الوصية لها وايجاب الوصية للاجنبي رجوع
عن الوصية لها فيكون كله لفراغه وخلوه عن حق الورثة
ولو اوصى لها باحد العبدين ولم يوص به للاجنبي كان لها
نصف الباقي بالميراث لان ذلك ربع اصل ماله والنصف لبيت
المال مع ان وصيتها ضعيفة فعند الوصية القوية للاجنبي
اولى ان لا ينصرف الى بيت المال الا النصف ولو كان الاجنبي
قاتل الزوج كان العبد له وللمراة نصف الباقي بالميراث لما
بينا ولو اوصى للمراة باحد العبدين وللاجنبي بالاخر كان للاجنبي
ثلثا عبده بعد ايه اربعة من ستة فصار كل عبد على ستة
وكلاهما على اثنى عشر وللمراة ربع ما بقي من العبدين سهمان من
ثمانية بالميراث سهم ونصف من عبدها ونصف سهم من عبد

وهو نصف المال م

اثنين واربعين بالضرب والتكسير على نحو ما ذكرناه م

قيل الصواب لها ثلث الباقي بالميراث لان وصيته للاجنبي بقدر الثلث وصية قوية متقدمة على الميراث وذلك ثلثا العبد للموصى له بقي عبد وثلث عبد للمراة بالميراث ربع الباقي وذلك ثلث عبد ثم تنفذ وصية الاجنبي في الثلث الباقي من عبده لفراغه وخلوه عن حق الورثة بقي ثلثا العبد الباقي بلا وصية ولا وارث فيصرف الى البيت والجواب عنه م

الاجنبي سبع لهام من وصيتها اربعة ونصف وسبع للاجنبي من وصيته

اثنان يضرب كل واحد بذلك في الستة الباقية وقد انكسر

بالنصف فاضعف ليزول الكسر فصار ثلاثة عشر واذا صار

نصف المال على ثلاثة عشر صار الكل على ستة وعشرين

فاضرب اصل الحساب وذلك اثنى عشر في ستة وعشرين

يصير ثلثمائة واثنى عشر سهما كل عبد مائة وستة وخمسين

للاجنبي ثلثا عبده وذلك مائة واربعة اسهم من مائة وستة

وخمسين من عبده والباقي وذلك اثنان وخمسين للمراة بوصيتها

وميراثها سبع مائة وستة وخمسين سهما نقسم بينهما على ثلاثة عشر

سهما تسعة منها وذلك مائة وثمانية للمراة في العبد الموصا به

لها واربعة اسهم وذلك ثمانية واربعون للاجنبي من العبد

الموصا له به فاذا ضممت ذلك الى مائة واربعة صار كله

مائة واثنين وخمسين ذلك **فصل** اصله ان الوصية

للقاتل بمنزلة الوصية للوارث حتى لا يجوز الا باجازة الورثة

عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز اصلا لما ياتي في بابه واذا اوصى

بماله كله لقاتله ولا وارث له وبكله لاجنبي فللاجنبي ثلثا المال

والثلث للقاتل لان ثلث المال صار مستحقا للاجنبي بوصية قوية

واذا اردت تصحيح الفريضة جعلت كل عبد مائة وستة وخمسين سهما لان الباقي للمراة اربعة ونصف وللاجنبي سهمان فتكون ستة ونصف

لان الاجنبي ياخذ ثلثا عبد وذلك مائة واربعة اسهم وتاخذ المراة ربع ما بقي وذلك اثنان وخمسون سهما

والمستحق بالوصية القوية

بطل

176

يبطل فيه الوصية الضعيفة صرفا واستحقاقا فاستوى ثلثا المال

استوت وصيتهما فيه لان وصيته فيما زاد على الثلث ضعيفة

حتى لا ينفذ الا باجازة الوارث واذا استاويا في الوصية تساويا

في القسمة واذا ماتت امراة وتركت زوجها واوصت لاجنبي

بثلثي مالها ولقاتلها بثلثي مالها فللاجنبي ثلث مالها وللزوج ثلثه

والثلث الباقي بين الاجنبي والقاتل اثلاثا عند محمد للقاتل منه

سهمان ويكون المال كله من تسعة للاجنبي اولا ثلاثة وللزوج

ثلاثة بقي ثلاثة للاجنبي سهم وللقاتل سهمان وعند ابي حنيفة

الباقي بينهما نصفان لان عنده القاتل لا يضرب بما صار مستحقا

للزوج بالميراث وانما يضرب بما بقي وهو الثلث والاجنبي

كذلك فصار الثلث بينهما نصفان والقسمة من ستة للاجنبي

النصف ثلثه وللزوج سهمان وللقاتل سهم وعند ابي يوسف

لا يجوز الوصية للقاتل ابدا وان لم يكن له وارث وبين

انه اذا لم يكن لها وارث غير الزوج جاز اقرارها له لان

المانع من صحة اقرار المريض لوارثه حق سائر الورثة حتى لو

صدقوه كان الاقرار صحيحا وقد فقد المانع هنا لانعدام الوارث

لها فصح اقرارها له واذا قتلها زوجها واجنبي عمدا ثم عفت

عنها فاوصت للاجنبي بنصف مالها جازت الوصيه ولاميراث
للزوج لانه قاتلها والقتل العمد يحرم عن الميراث فقد التحقت
المراة بمن لا وارث لها اصلاً فجازت الوصيه للقاتل لان المانع
من جواز الوصيّة وجود الوارث ولا وارث لها فقد المانع
فارتفع المانع ؛ **فصل** ولو تركت
زوجها وعبداً قيمته الف درهم واوصت بان يباع نصفه
من الاجنبي بمايه يبيع منه بمايه ويقسم المايه ونصف العبد بين
الزوج وبيت المال على تسعه خمسة للزوج واربعه لبيت
المال وهذا بالاتفاق لان المراة حابت الاجنبي بقدر اربعمايه
والمحاباه بقدر ثلث المال متقدمه على حق الزوج وذلك
ثلثمايه وثلثه وثلثون وثلث بقي حق الزوج في نصف
ما بقي وذلك ثلثه وثلثون وحق بيت المال في مايتي وسته
وستين وثلثي درهم فيجعل كل سته وستين وثلثي سهماً فيصير حق
الزوج في خمسة وحق بيت المال في اربعة ولو اوصت ان
يباع العبد من زوجها بمايه يباع منه ويكون العبد والمايه
للزوج الا ترى لو اوصت بنصف مالها للزوج يكون النصف
له ارثاً ونصفه وصيه فكذلك الوصيه بالمحاباة يصير العبد

كله له نصفه بالارث ونصفه بالوصيه بان يباع نصفه من
الزوج بخمسين يباع بخمسين ثم يقسم الثمن وباقي العبد على احدعشر
واحد لبيت المال وعشره للزوج لان الوصيه بالمحاباة وقعت
باربعمايه وخمسين فلم ترد الوصيه بالمحاباة على نصف المال
فصحت لانه لا مستحق لها فصار كما لو قالت بيعوا النصف بخمسمايه
وحطوا عنه اربعمايه وخمسين فيحط عنه ذلك فبقي حق الزوج
في نصف المال وذلك خمسمايه وحق بيت المال في خمسين
لانه خلا عن الوصيّة والارث فيجعل كل خمسين سهماً فيصير كله
احدعشر فيقسم المال على ذلك ؛ ولو اوصت ان يباع نصف
العبد من القاتل بخمسين فكذلك عند محمد وعند ابي حنيفه
لا يجوز البيع في نصيب الزوج وانما يجوز في نصيب بيت
المال فيباع منه بخمسين ويكون لبيت المال لان عنده لو اوصى
بالبيع من احد ورثته لا يجوز فكذلك الوصيّة بالبيع لا يجوز
فيما هو حق الوارث لان الوصيّة للقاتل كالوصيّة للوارث
فياخذ الزوج نصف العبد والنصف الاخر فارغ عن حق
الزوج فينفذ فيه الوصيّة بالمحاباة اذا اوصى به القاتل
فيباع منه بخمسين وتكون الخمسين لبيت المال وان لم ياخذه

فلا وصية له لان الوصية بالمحاباة في ضمن الوصيه بالبيع
وقد بطلت الوصية بالبيع فتبطل هذه انصافا لنصف الباقي
لبيت المال وعند محمد اما عن البيع منه ليس بوصية ولهذا يجوز
عنده بيع المريض من وارثه بمثل قيمته انما الوصية في المحاباة
وذلك اربعمائه وخمسين فينفذ فيه لانه فارغ عن حق الورثه

باب الوصية للقاتل

المبسوط ك واذا اوصى لقاتله لم يجز خلافا للشافعي لنا
روى عن علي ابن ابي طالب رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية للقاتل ولانه انما
حرم عن الميراث زجرا له عن القتل جزاء على اسائته حيث
استعجل بالقتل ما اخره الله تعالى وهو الميراث فكذلك
يحرم عن الوصية جزاء على فعله زجرا وردعا وكذلك لو
وهبه له في مرضه لانها وصية وان اجازت الورثه جاز عندهما
وقال ابو يوسف لا يجوز بناء على ان امتناع جواز الوصية
للقاتل عندهما لحق الورثه وعنده لحق الله تعالى جزاء على
معصيته وجريمته لقصده استعجال ما اخره الله تعالى من الارث الميراث
لهما ان القاتل من اهل استحقاق المبره والصلة في الجمله

فكان امتناع جوازها لحق الله تعالى كما لو اوصى لحربي لا يجوز وان اجازه الورثة لمعصيته وحرابه وجد من الموصى له على حق الله تعالى

الا انه لما تجاسر على مباشرة هذه المعصيه لا طاعه الفاسدة
فالشرع عاقبه بالحرمان عن استحقاق مال ما تعلق به حق الورثه
لحقهم فاذا اجازوا زال المانع فيزول المانع المنع ولو كان
القاتل عبدا اجازت الوصيه له لانها وصيه لمولاه هكذا
ذكره صاحب الشامل ونص محمد في المبسوط انه لا يجوز
لان الملك يقع للعبد اولا ثم ينتقل الى مولاه متى فرغ عن حاجة
العبد ولهذا يعتبر القبول والرد من العبد لا من المولى فكان
هذا باعتبار الابتدا وصيه للعبد وانه قاتل ك ولا يجوز
الوصية لمكاتب قاتله كما لا يجوز لمكاتب وارثه لانه يقع الملك
لقاتله من وجه فيقع الوصية لقاتله من وجه فيحرم احتياطا
ويجوز لابن القاتل وابيه لانه ليس للقاتل في مال هولا
ملك ولا حق ملك كما لو اوصى لابن وارثه يجوز ولا يجوز
اقراره لقاتله في مرض موته الا اذا كان يذهب ويجي فهو
صحيح فيجوز اقراره ويجوز وصيته لقاتله اذا كان صبيا واقراره في الصحة جايز
او مجنونا لانه لا يحرم عن ميراثه فلا يحرم عن وصيته ولو جرح
رجل ثم قتله اخر جازت وصيته للجارح خلافا لزفر
لانه انقطعت سرايه جنايه الاول بقتل الثاني فلا ينضاف

بخلاف الحربي لانه ليس باهل للمبرة لانا نهينا عن الاحسان والمبرة لهم ح

فيجوز لان اقراره في مرض موته بمنزلة وصيته له كما لو اقر لوارثه في مرض موته كما اذا كان يذهب ويجي ح

لانهما لحقت الميراث ح

لان القتل مضاف اليهما لان بجراحة الثاني لا تنقطع سراية جناية الاول لنا

السراية الى الجناية الاولى وكان القاتل هو الثاني قالوا وهذا
اذا كانت جراحة الاول بحيث يرجى منها البرء والحيوة ويكون القاتل
هو الثاني واذا كان لا يرجى منها البرء والحيوة كما لو شق بطنه ونفذ
الى الامعاء ثم احتز رقبته فالاول يعني قاتلا وان قال
لم يجرحني فلان صدق ولم يصدق ورثته عليه لانه اقرار على
غيره بالبراءة عن الجراحة واقرار الانسان على غيره تكذيب من
جهته المقر له لم يصح وان اقاموا البينة لم تقبل للتناقض
ولو اعتق عبدا صغيرا في مرضه ثم قتله الصغير يسعى في قيمته
وله الثلث من ذلك ان لم يكن له مال عند ابي حنيفة وعندهما
الدية على عاقلة مولاه ويحسب له قيمته من الثلث وان كان
كبيرا فقتله خطا يسعى في قيمته والدية على العاقلة ولا وصية
له لان المستسعى بمنزلة المكاتب عند ابي حنيفة وجناية المكاتب
على مولاه معتبرة وقد اوصى له برقبته لما اعتقه فصحت الوصية
بقدر الثلث متى كان العبد صغيرا وان كان كبيرا فلا وصية
له فيسعى في قيمة نفسه كملا بالعتق وقيمة اخرى بالقتل وعندهما
المستسعى بمنزلة حر مديون ودية الحر على عاقلته والوصية
للصغير جائزة فيسلم له ثلث رقبته ولا وصية للكبير فيسعى في قيمته

فان كان يرجى منه الحياة لا يصير الاول قاتلا حتى يجب القصاص على الثاني دون الاول

متى اتصل به

عند ابي حنيفة وعندهما يسعى في قيمته والدية على العاقلة ولا وصية له

بتمه

القسم الثالث في نصب الاوصيا وتصرفاتهم

باب الايصاء

المبسوط مسائله مشتملة على فصول احدها في جواز الايصاء
وكيفيته والثاني في قبوله ورده والثالث فيمن يجوز اليه
الايصاء ومن لا يجوز والرابع في عزله **فصل**
الرجل اذا حضره الموت ينبغي ان يوصي ويكتب وصيته لقوله
عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت
الا ووصيته تحت راسه ويكتب كتاب الوصية هذا ما اوصى
فلان ابن فلان وانه يشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده
ورسوله وان الجنة حق والنار حق وان الساعة اتية لا ريب
فيها وان الله يبعث من في القبور وان صلاتي ونسكي ومحياي
ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا من
المسلمين اي في هذه الوصية لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
من كان اخر كلمته شهادة ان لا اله الا الله واني رسول الله
وجبت له الجنة ثم يكتب وان العبد المذنب الضعيف المفرط
في طاعته المقصر في خدمته المفتقر الى رحمته الراجي لفضله الهاذ
من عدله ترك من المال الصامت كذا ومن الرقيق كذا ومن العقار الدور

وذلك

كذا او عليه من الديون كذا ان كان عليه دين ويسمى اسم الغريم
واسم ابيه وجده ويكتب ان مت من مرضي هذا فاوصيت بان يصرف
ثلث مالي الى وجوه الخيرات وابواب البر تداركا لما فرط في جانبه
وتزودا ودخرا للاخرة وانه اوصى الى فلان ابن فلان ليقوم
بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد اسباب ورثته فعليه
ان يتق الله تعالى حق تقاته ولا يتقاعد في (عن) اموره ووصيته ولا
يتقاصر عن ايفاء حقوقه واستيفائها وان تقاعد كان الله
حسيبا عليه ويشهد على ذلك وانما يصح الاشهاد اذا علم الشهود
بما في الصك لقوله عليه السلام للشاهد اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع ولو قال الشهود بعدما قرؤوا الصك
نشهد عليك فحرك راسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم وان
اعتقل واحتبس لسانه وروي عن ابي يوسف انه يجوز ويعتبر
اشارته وهو قول الشافعي لان الاشارة تقوم مقام العبارة
عند عجزه (حالة) عن النطق والعبارة كالاخرس لان العجز عن النطق متى
تحقق يستوي فيه العارض والاصلي فيما يتعلق صحته بالنطق كالعجز
عن القراءة حتى تجوز صلاة من اعتقل لسانه بغير قراءة كما تجوز
صلاة الاخرس **لنا** ان الاشارة تقوم مقام العبارة

حتى لا يجحد الورثة دينه فيبقى الميت تحت عهدته؟

والشهادة على الوصية بدون العلم لا تجوز؟

متى تحقق يستوي فيه العارض والاصلي؟

بغير قراءة فكذا هذا؟

حالة وانما يصار الى البدل بعد العجز عن النطق والعبارة

حالة الياس عن النطق والعبارة وهنا لم يتبع الياس عن النطق
والعبارة لان اعتقال لسانه واحتباسه لا يدوم بل بعرض
الزوال والانطلاق في كل ساعة ولان الاشارة محتملة غير
مفهمة ولا معلمة وفي الاخرس تقدمت اشارات مفهمة
معلمة لمراداته الباطنة فزال الاحتمال عن اشارته فقامت
مقام نطقه وعبارته وهنا لم يتقدم منه اشارات معلومة
حتى يعلم باشاراته ما لو اضحه على مراداته الباطنة واما اذا طالت
العقلة والحبسة في لسانه ودام قيل لا يعتبر اشارته وقيل
يعتبر وهو مروي عن ابي حنيفة لانه لما طالت العقلة صارت له
اشارات معلومة معهودة فيقوم مقام العبارة (النطق)
كما في الاخرس واضافة الوكالة الى ما بعد الموت وصية لان
الايصاء توكيل بعد الموت والوصاية قبل الموت وكالة
ولو اوصى الى رجل في ماله كان وصيا فيه وفي ولده واذا اوصى اليه
في نوع يكون وصيا في الانواع كلها عندنا خلافا للشافعي لانه لو لم
يتعمم وصايته تقع الحاجة الى نصيب وصي اخر وجعل من اختاره
الميت وصيا في بعض اموره ووصيا في كلها اولى من جعل غيره
وصيا لان الموصي لم يرض بتصرف غيره في شيء من الامور ورضي

فلا تقوم الاشارة مقام العبارة؟

فبقيت اشارته محتملة غير مفهمة فلا تقوم مقام عبارته؟

اعتبارا للمعنى الاول وهو انه لم يقع الياس عن النطق فلا تقوم اشارته مقام عبارته؟

هل تعتبر اشارته اختلف المشايخ فيه؟

وقد روى هذا ابو عمرو الصغاني

اعتبارا للمعنى الثاني؟

وسكت عن غيره فالوصي في نوع؟

يتصرف هذا في بعض الامور واستوصاه واستصلحه في الوصاية فكان
جعل هذا وصيا على العموم اولى ولو قال فلان وصيي الى ان يقدم
فلان ثم الوصية الى القادم فهو كما قال وذكر القدوري
الاول وصي مع الثاني ولا تخصيصه بزمان دون زمان وجه
ظاهر الرواية ان الايصا قابل للتوقيت لانه توكيل او اثبات
ولاية وكل الامرين قابلان للتوقيت فيتوقت وصاية الاول
بقدوم فلان فاذا قدم فلان انعزل الاول كما لو وكل
وكيلا الى ان يقدم فلان وصار الثاني وصيا لانه علق وصيته
بالشرط وتعليق الايصا بالشرط جائز كتعليق الوكالة حتى لو
قال اوصيت الى عمرو ولم يقدم فلان زيد وسكت فقدم
زيد فان عمرا بقي وصيا بعد القدوم لانه ما فوض الوصاية
الى زيد بعد قدومه احتجنا الى نصب وصي اخر وكان ابقا
عمرو وصيا وانه مختار الميت ووصيته اولى بخلاف الاول
لانه فوض الوصاية الى الثاني نصا بعد القدوم فلا حاجة
الى اقامة وصي اخر مقامه **فصل** ولا بد له
من قبول الموصى اليه لانه متبرع بالعمل له وبحقه ضرر العهدة فلا
بد من قبوله والتزامه ولو قبل موته او بعده يلزمه وليس له ان

يرده دفعا للضرر عن الموصي لئلا يصير مغرورا من جهة
الموصي لانه اعتمد على قبوله بان يقوم بجميع التصرفات بعد وفاته
والوصي بقبول الوصاية التزم ذلك فلو صح رده وقع الموصي
في ضرر ويصير مغرورا من جهة الوصي فصارت الوصاية
لازمة عليه شرعا بالتزامه نظرا للموصي دفعا للضرر عنه بخلاف
الوصية بالمال لان ثمه لو صح رده بعد موته لا يتضرر الميت
لانه يعود الثلث الى الورثة بل الضرر على الموصى له ولو قبل
في حياة الموصي ثم رده في حياته مواجهة يصح ولا يصح بدون
محضر الموصي او علمه كما في الوكيل لان الايصا وكالة واستنابة
لان الموصي طلب منه الالتزام بعد الوفاة لا حالة الحيوة
بعد الموت ولانه في حياته يمكنه ان يوصي الى غيره فلا يتضرر
به متى علم برده ولو لم يقبلها في حياته فهو بالخيار بعد موته
ان شاء قبل وان شاء رد لانه يمكنه ان يساله هل يقبله او لا يقبله
فاذا لم يساله واعتمد على انه يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره
فقد قصر في امره فصار مغترا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة
الوصي ثم القبول بالفعل كتنفيذ وصيته او شرى شي للورثة
او قضاء دين كقبوله بالقول لان الوصاية قد تمت وتقررت
فانها لا تقبل البطلان من جهة الموصي الا ان للوصي ولاية الرد
بموت الموصي شرعا الا انه توقف لزومه على قبول الوصي لا

يلزمه ضرر الوصاية بغير رضاه فاذا تصرف الوصي تصرفا يدل
على قبوله يلزمه الوصاية لانه لا يقدر على الرد الا برد التصرف
ولا يمكنه رد التصرف لانه متصرف باذن الميت وامره فلا يبقى له
ولاية الرد فلزمه الوصاية ضرورة ٥ **فصل**
ومن اوصى الى عبده لم يجز ان كان في الورثة كبار وان كانوا
صغارا جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز لان هذه وصاية
الى عبد غير الموصي وهو عبد الورثة لان الوصاية تصح بعد الموت
والوصية الى العبد الغير باطلة بالاجماع لان الوصاية نفع لانه
حتى لا يقدر احد على ابطالها والعبد ليس باهل لمثل هذه الولاية
فانه لا يثبت له ولاية لازمة ٥ **له** ان الوصاية ليست
الا طلب التصرفات والعبد قادر على اقامة ما فوض اليه من
التصرفات وليس للورثة الصغار منعه وحجره من التصرفات
وللوصي ولاية الايصاء ولاية فك الحجر عن هذا العبد وان كان
العبد ملكا للورثة فان له ولاية على التركة في حق الورثة
بضرر اذنه كاذنهم فيلزمه العهدة فصح ايصاؤه لحاجة الصغار
بخلاف ما لو كان في الورثة كبار لانه لا فائدة في تصحيح الوصاية
مع قيام الولاية لهم على ابطالها بحجر العبد عن التصرفات ولو اوصى

الى عبد غيره لم يجز وان اجازه مولاه لانه عاجز عن اقامة ما فوض
اليه من التصرفات لان للمولى ولاية منعه وحجره لما فيه من تعطيل
منافعه فلا فائدة في تصحيح الوصاية ولو اوصى الى مكاتبه او مكاتب
غيره جاز لانه قادر على اقامة ما فوض اليه لان للمكاتب ولاية
مستحقة على نفسه وكسبه ولو اوصى مسلم الى ذمي او مستامن
لم يجز وعلى عكسه يجوز لان في الايصاء اليهما اثبات ولايتهما
على المسلم ولا ولاية للكافر على المسلم ولانه لا يؤتمن في حق اولاد
المسلمين وذكر في كتاب القسمة في الذمي انه يجوز ويخرج
لانه قادر على اقامة ما فوض اليه من التصرفات ولهذا يصلح
الذمي والمستامن وكيلا للمسلم في حياته فكذلك بعد وفاته
الا ان الذمي يستبيح عقودا هي محرمة في الشريعة فكان يوقعه
في الحرام والوصاية على الصغير تجوز كالوكالة ولكن لا يلزمه
العهدة ووصي الاب اولى من الجد لانه قائم مقام الاب ٥
فصل واذا ظهر من الوصي خيانة عزله القاضي
ونصب اخر لان الامانة في الايصاء اصل لانه منفعة الايصاء
وفائدته لا تحصل الا بالامانة ثم الاوصياء ثلاثة عدل كافي
وعدل غير كافي وفاسق عادي فالعدل الكافي لا يعزله

القاضي لانه واني ولو عزله ينعزل وصار جايرًا اثمًا لان
للقاضي يدًا باسطة وولايه شاملة على الناس كانه خصوصًا
على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان
حيا ولكنه صار اثمًا (جايرا) لانه فعل ما ليس له فعله لان الموصى هو
الذي اختاره وارتضاه وعينه واصطفاه ولو لم يعلم القاضي
بان للميت وصيًا والوصي غايب فاوصى الى رجل فالوصي هو وصى
الميت دون وصي القاضي لانه مختار الميت ومرتضاه (اتصل به اختيار الميت) كما اذا كان
القاضي عالمًا به ك والعدل الذي ليس بكافي او ضعيف
لا يقدر على التصرف وحفظ التركه بنفسه يضم اليه غيره
ولا يعزله لاعتماد الموصي عليه لامانته وصيانته حتى لا ينقطع
عن الميت منفعه عدالته ويضم اليه (اخر) حتى تزول ضرر عدم
كفايته وهدايته ك والفاسق العادي المخوف على ماله عزله
القاضي ونصب آخر مكانه لان في ابقايه على الوصايه اضرارًا
بالميت وبالصغار والميت لا يقدر على الاستبدال فقام
القاضي مقامه في العزل وعن ابي يوسف الدخول في الوصيه
اوله غلط والثاني خيانه والثالث سرقه الفتاوى
ولو قال الوصي على الميت دين ولا بينه له قيل بان القاضي

يخرجه من الوصايه لانه يستحل الاخذ من مال الميت (اليتيم) وقيل لا
يخرجه الا اذا ادعى شيًا بعينه اخرجه من يده والمختار ان يقول
القاضي للوصي اما ان تقيم البينه عليه حتى يستوفي واما ان تبريه
من الدين واما ان اخرجك من الوصايه فان ابراه والا اخرجه
وذكر الخصاف في ادب القاضي يجعل (ان القاضي) للميت وصيا اخر في
مقدار ذلك الدين خاصة حتى يقيم الاول البينه على القاضي (الوصي)
لان البينه لا تقبل الا على الخصم ولا يخرجه من الوصايه ك مريض
قال لا تقضوا ديوني صار وصيًا في قول ابي حنيفه وقال
محمد ما لم يقل اقضوا ديوني وانفذوا وصاياي لا يصير وصيًا ولو
علم الوصي بدين على الميت ولا بينه للداين قال نصير بن يحيى يبيع
الوصي بعض التركه من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير
قصاصًا عما له وان كانت التركه صامتًا اودعه ثم يجحد ليصير
قصاصًا عما عليه وقال نصير عن ابي سليمان وصي شهد عنده
عدل ان لهذا على الميت الف درهم قال يسعه ان لا يعطيه
ولو علم الوصي بكون شي بعينه من التركه مغصوبًا او وديعة
يدفعه الى مالكه ك باب الوصيه الى
رجلين المبسوط ك اوصى الى رجلين جميعا او كل واحد

سيل نصير بن يحيى عن قوم ادعوا على الميت دينا ولا بينه لهم والوصي يعلم ذلك م

ان يعطيه بقوله وان خاف الضمان يسعه م

فان كان هذا شيا بعينه كجارية ونحوها فعلم الوصي ان الجارية لهذا او كان الميت غصبها قال يدفعه الى المغصوب منه م

منهما على حدة لا يجوز لاحدهما ان يتصرف بدون اذن صاحبه الا ما
لا بد لليتيم منه عندهما خلافا لابي يوسف وكذلك الابوان اذا
ادعيا ولد جارية بينهما لا ينفرد احدهما بالتصرف في مال
الولد خلافا لابي يوسف له ان الوصي يتصرف بحكم
الولاية والخلافة لا بحكم الامر والتفويض فان الامر والتفويض
قد بطل بالموت فلا يصح اضافة الامر الى ما بعد الموت ولكن
بحكم الوصاية يقوم الوصي مقام الموصي في التصرف والتصرف
بحكم الولاية لا تتقيد نفوذه برأي غيره كاحد الوليين في التصرف
لهما ان الوصي متصرف بحكم الامر والتفويض فان
الموصي يامره بالتصرفات ويقيمه مقام نفسه بعد موته بعد
صحته ونفوذه ولكن بقاء الامر ليس بشرط لبقاء حكمه في
الوصية خاصة لانه تفويض للتصرف بعد الموت وهو فوض
التصرف اليهما ورضي برأيهما لا برأي احدهما فلا يتصرف احدهما
كالوكيلين في حال الحياة لانهما وكيلين بعد الوفاة الا ما لا بد
منه وهو شرى الطعام والكسوة واستئجار الظئر وبيع ما
يتسارع اليه الفساد وشرى الكفن واستئجار الحمال للجنازة
ورد الوديعة وقضاء ديونه وتنفيذ وصيته بالعين او بالف

مرسلة او باعتاق عبد بعينه واجارة نفس اليتيم ورد ثمن
المبيع ببيع من الوصي ولاحدهما قبض المبيع وقبض الموهوب
لليتيم وايداع احدهما ما في يده من تركة الميت واعطاء النفقة
للفرس الموصى به للغزو ولانه لا يحتاج في ذلك الى الرأي والتدبير
وفي التاخير ضرر بالموصي والصبي بخلاف الوصية باعتاق
البر واعتاق عبد لا بعينه لانه يحتاج فيه الى الرأي والتدبير
ولو مات احدهما نصب القاضي مكانه اخر عندهما وان شاء
يجعل للباقي وصيا مطلقا لان هذا الباقي يقدر على التصرفات
اجمع وعند ابي يوسف لا حاجة الى نصب وصي اخر واذا وكل
احد الوصيين صاحبه في بيع جاز اتفاقا لانه اجتمع فيه رأيهما
ولو اوصى في العين الى رجل وفي الدين الى اخر او اوصى ببعض
ولده وميراثهم الى رجل وبالبعض وميراثهم الى اخر فهما
وصيان في الكل وعندهما وقال محمد يقتصر على ما ذكر
وروى الحسن عن ابي حنيفة لو قال على ان لا يدخل احدهما فيما للاخر
يصير كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة لمحمد ان الوصي
يتصرف بحكم الامر والتفويض لان الوصاية تفويض الامر
اليه بعد الممات والولاية يثبت بناء عليه ضمنا له فيملك التصرف

بنفذ ما فوض اليه كالوكيل بخلاف ما لو اوصى في نوع لان ثمة جعلناه وصيا في الانواع كلها للضرورة لما بينا ولا ضرورة هنا **لهما** ان الوصي يتصرف بحكم الولاية لا بحكم النيابة والوكالة عن الميت لان المتصرف عن ولاية ان يتصرف لغيره عند عجزه عن التصرف بنفسه نظرا له والميت عجز عن التصرف بنفسه لفقد اهليته فلا يمكن ان يجعل تصرف الوصي كتصرفه لكن بالايصا اثبت الولاية لغيره بعد موته في تركته عند عجزه نظرا له فصار الوصي وليا للميت بحكم الامر بخلاف الوكيل لان الوكيل يتصرف بحكم النيابة عن المنوب عنه لانه يتصرف له مع قدرته عليه بنفسه لان المستنيب مستعين بالنايب وقد ناب كل واحد منهما مناب نفسه في امر خاص فيقتصر عليه ه **الفتاوى** ولو اوصى بالتصدق وعنه على الفقرا قبل رفع الجنازة و دفع احد الوصيين ان كانت الحنطة في الدار جاز دفعه وان لم يكن فالصدقة على المعطي ه اوصى الى رجلين وقال لهما ضعا ثلث مالي حيث شيتما ثم مات احد الوصيين بطلت الوصية وقال ثلث مال للمساكين والمسالة بحالها قال ابو يوسف للاخر ان يتصدق وحده وقيل ان شاء القاضي يجعل

(ووقت الحاجة ومست الضرورة الى جعله وصيا في الانواع كلها بخلاف القياس لما بينا وهذه الضرورة معدومة هنا فبقي على اصل القياس)

(الايصا اثبات الولاية)

(الانسان)

(النظر)

(كما في ساير الولايات)

(هو لان سبب الولاية الامر كالقرابة)

(الوكيلين)

(وقد ناب كل واحد منهما مناب نفسه في امر خاص ولان المستنيب مستعين بالنايب والا ستعانة في امر خاص لا يكون له ان يعينه في امور اخرى لان قد قصر اعليه الفتاوى)

(بالحنطة)

وصيا اخر معه وان شا يقول للباقي منهما اقسم انت وحدك ه اوصى الى رجل وقال اعمل براي فلان فهو الوصي خاصة دون الثاني وله ان يعمل بغير راي فلان ولو قال له لا تعمل الا براي فلان فهما وصيان وهو الصحيح وهذا يشبه قول اصحابنا فيمن وكل آخر وقال له بع بشهود فباعه بغير شهود جاز ولو قال لا تبعه الا بشهود او لا تبع الا بمحضر فلان لا يجوز له ان يخالف وكذلك لو قال للوصي اعمل بعلم فلان فله ان يعمل بغير علمه ولو قال لا تعمل الا بعلمه لم يجز له ان يعمل بغير علمه ولو اوصى بان يباع داره ويشتري بثمنها عشرة اوقار حنطة والف من خبز يتصدق بها على المساكين فبيعت الدار ولم يبلغ ثمنها ما يشتري به مقدار الموصى به يكمل من ثلث ماله ان اتسع الثلث لذلك ولغيره من الوصايا وصار كانه اوصى بذلك وقال اجعلوا من مالك كذا فجعلوه من غيره جاز لجواز ان ساير اموال الخبيثة ويعرف طايفة من ماله طيبة فيخص ذلك بالوصايا ه

باب تصدق (تصرف) الوصي في الوصية

المبسوط اوصى لرجل بان يضع ثلث ماله حيث احب جاز وان (ان يجعله) يجعله في نفسه خلافا للشافعي وكذلك لو نص على الوضع

عند نفسه صح خلافًا له لان الوصي امتثل امر الموصي في وضعه عند
نفسه لانه امره بوضعها عند من احب مطلقًا والمطلق يجري
على اطلاقه ولا يجوز تخصيصه ما لم يقم دليل التخصيص كما في اوامر
الشرع ولو قال اعط من شئت لا يعطي نفسه لان الاعطا لا
يتحقق الا باخذ غيره والدفع والاخذ لا يتحقق من الواحد
فهذا معنى قول محمد لان الانسان لا يكون معطيًا نفسه فاما
الوضع يتحقق عند نفسه وبخلاف الامر بالصدقة لان الصدقة
تقتضي التمليك والتمليك من نفسه غير مشروع ولا يجعل لبعض ورثته
الوصي لان هذه وصية والوصية للوارث باطلة ولو قال
ثلث مال الرجل سميته للوصي فصدقوه لم يصدق الوصي الا ان
يشهد معه آخر لانه لم يفوض تنفيذ الوصية الى الوصي وما امره
بتنفيذها بل تولى تنفيذ الوصية بنفسه واذا لم يكن الوصي
مامورًا بتنفيذ الوصية كان شاهدًا ان الميت اوصى لهذا
والشرع لا يوجب تصديق الشاهد الفرد الا ان يكون الوصي
اثنان فيشهدا ان على ذلك تقبل لانه لا تهمة في شهادتهما
ولو اوصى بالثلث الى رجلين يضعانه حيث شا الا ان ينفرد احد
بالوضع خلافًا لابي يوسف لان وضع المال يحتاج فيه الى

كما يتحقق عند غيره م

خلاف الوضع والجعل م

خلاف نفسه والولد لان الوصية لهم جايزة م

ثلثي

بوضعه

شهادتهما م

وقد امره بما يوافق الشريعة فان الشريعة توجب بما تصديق الشاهدين هدية م

ولان الحكم لا يثبت بشهادة الفرد ولان قوله لوصي صدقوه لا يجب عليهم تصديقه شرعًا اذ لا يجب عليهم تصديقه شرعًا مع احتمال الكذب فان الشرع لا يوجب تصديق الشاهد الفرد فما امره مخالف للشرع فلا يجب عليهم تصديقه فلا يثبت الموصى به بقوله م

الراي والتدبير لان الثواب مما يتفاوت بتفاوت الفقير باعتبار
الصلاح والسداد والاستحقاق وبخلاف ما لو قال اعط ثلث
مالي فلانًا فاعطى احدهما جاز لانه لا يحتاج الى الراي والتدبير
اذا كان المصروف اليه معينًا ولو قال سميته لهما فصدقوهما
صدقا لما بيناه

باب تصرف الوصي في التركة

المبسوط فيه فصلان احدهما في المعاملة
والثاني في المقاسمة

فصل

ولو تصرف
الوصي في التركة فلا يخلو اما ان كان في التركة دين او
وصية او لم يكن فان كان فيها دين او وصية والورثة كبار
حضور او غيب او كانت صغارًا او كبارًا فانه يبيع العروض
والعقار عند ابي حنيفة على الكبار يجوز بيعه بشروط ثلثة
بان كان في التركة دين او وصية او معهم صغير وعندهما
لا يجوز البيع الا بمقدار الدين والوصية لان ولاية البيع
انما يثبت لاجل قضا الدين وتنفيذ الوصية والا فالدليل
ينفي ثبوت الولاية على الغير لما فيها من ضرر المعقود به وابطال
الحرية فيثبت له ولاية البيع بقدرها ضرورة كونه مامورًا
بتنفيذها ولا ضرورة فيما وراء ذلك فانتفت الولاية لوجود

المنافي لها وهي الحرية **له** ان يبيع نصيب الصغار منفردًا مضرًا
بالصغار وليس في بيع الكل ضرر بالكبار بل فيه نظر لهم
لان الحمل والاشخاص يشترى به باكثر مما يشترى به الابعاض
والاشقاص فيثبت للوصي ولاية بيع الكل نظرًا للصغار
والكبار وان لم يكن في التركة دين ولا وصية ان كان
الورثة كلهم كبارًا حضورًا فليس له بيع شي من التركة لانه لا
ولاية له على الكبار حال قدرتهم على الحفظ بنفسهم بالبيع وله
تنفيذ الوصايا ورد الودايع وشرا الكفن وقضا الديون
والخصومات والدعاوي وقبض الديون وان كانوا غيبًا
فله ولاية الحفظ وبيع العروض دون العقار لان الوصي مامور
بحفظ التركة من جهة الميت وبيع المنقول من الحفظ حال عجز
المالك عن الحفظ لانه ربما يتسارع اليه التوى والتلف
فاما بيع العقار فليس من الحفظ لانها محفوظة محصنة بنفسها
ويملك اجارة عقار الكبير وان لم يملك بيعه لان الاجارة
من جملة الحفظ لانه لو لم يوجر يضيع عليهم المنافع
وهو يملك حفظ التركة عليهم وان كانت الورثة كلهم
صغارًا فله بيع التركة منقولًا وعقارًا لان وصي الاب

وهو يملك حفظ التركة عليهم فيملك بيعها كما يملك بيع العروض اذا خيف عليها الهلاك

بمنزلته قايم مقامه وللاب ولاية بيع مال الصغار منقولًا
كان او عقارًا فكذلك الوصية وان كانوا صغارًا وكبارًا
يجوز تصرفه في مالهم عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في حق
الصغار دون الكبار لما بينا ولو اشترى الوصي الوارث
الكفن ونقد الثمن من ماله يرجع كالوكيل بالشرا
لان شرا الكفن مستحق عليه ومطالب به فاذا فعل لم يكن
متبرعًا ويصدق من غير بينة فيما صنع وكذلك لو قضى دينا بشهود
لانه كان مطالبا بقضايه وانما توجهت المطالبة عليه من
قبل الموصي فلم يكن في القضا متبرعًا وكذلك في شرا الكسوة
والنفقة للصغير وادا الخراج من التركة او من ماله
نفسه لم يصدق الا بشهود ولو قال اديت الخراج او الثمن
من مال عبدي يصدق من غير بينة لانه فيما بينه امين وفي حق
الرجوع على التركة يكون مدعيا والمدعي لا يصدق الا بينة والامين يصدق
بغير بينة ويجوز بيع وصي الاب ووصي الجد بمنزلة وصي الاب
ومن عدا هذين الوصيين كوصي الام والاخ والعم يجوز بيعهم
على الصغير والكبير الغايب فيما سوى العقار ولا يجوز في العقار
لان هولا يملكون حفظ مال الصغير دون بيعه وبيع المنقول
من الحفظ عند العجز — بانفسهم

الامين متى ادعا براة نفسه عن الضمان ولم يدع على الورثة مالا كان بما قال منكرا للضمان فيكون القول قوله فافهم

العروض والعقار اذا كانت الورثة صغارا لان وصي الاب بمنزلته قايم مقامه وللاب ولاية بيع مال الصغار منقولا كان او عقارا فكذلك لوصيه وان كانت الورثة كبارا حضورا فليس له بيع شي من التركة لانه لا ولاية له على الكبار لان حال قدرة الكبير على الحفظ بنفسه بالبيع لا يثبت للوصي ولاية البيع وان كانوا غيبا فله بيع العروض دون العقار لان الوصي مامور بحفظ التركة من جهة الميت وبيع المنقول من الحفظ حال عجز الملاك عن الحفظ لانه ربما يتسارع التوى والتلف فاما بيع العقار ليس من الحفظ لانها محفوظة محصنة بنفسها

من باب الحفظ وبيع العقار لانه اوصى بعبد قيمته الف ولا مال له
غيره وعليه دين الفان وله عشرة الاف على الناس باع العبد بالدين
فان بيع بالقيمة او اقل ثم خرج العشرة الالاف رجع الموصى له بالعبد
بقدر ما بيع به لان وصيته بالعبد وقعت صحيحة الا ان الغريم احق
ببيعه منه والقاضي بالبيع ينقل وصيته من العبد الى ثمنه بسبب
دين الغرما دين الغرما لان الدين يقتضي من اسرع مال الميت
قضاء وامكانا واسرع مال الميت قضاء هو العبد لانه لا يمكن
قضاء الدين من الدين قبل خروجه واذا تحولت وصيته من العبد
الى ثمنه صار الموصى له قاضيا دينه من ثمنه وهو مجبر على القضاء
فكان له الرجوع بثمنه في تركة الميت كالوارث اذا قضى دين
الميت من مال نفسه ولو لم يبع ولم يدفع ثمنه الى الغريم حتى
خرجت العشرة الالاف قضى الدين منها والثمن للموصى له لان الثمن
بدل ملكه وكان احق به **المنتقى** وللوصي ان يتصرف
في مال الميت من بيع ماله واستيفاء حقوقه وقضاء ديونه
بدون رضا الغرما وليس له ذلك الا برضا الورثة لان الورثة
مالكوا التركة ولهم فيما حق ملك فان لهم ان يستخلصوها لانفسهم
والغريم لانه اوصى بثلث ماله وله عقار وعروض فله ان يبيع

المستقيم

لان الدين مقدم على الوصية ج

والمكان م

وللقاضي ولاية بيع عبد الموصى له عند غيبته لعدم موت الموصي ولم يكن على الموصي دين حفظا عليه ولان تكون له بيع العبد عليه و نقل وصيته من العبد الى ثمنه بقدر الدين على الميت اولى ح

يعني تيسر قضاء دين الميت من مال اخر م فصل

العروض كلها بدون رضا الورثة ولا يبيع من العقار الا الثلث
لما بينا **فصل** وقسمة الوصي مع الموصى له
جائزة على الصغار وعلى الكبار الغيب في المنقول وينقض نصيبهم في
العقار لا يجوز على الكبير وذكر في اختلاف زفر ويعقوب
ان قسمته في العقار لا يجوز عند ابي حنيفة وزفر وعندهما يجوز وقسمة
الوصي على الموصى له مع الورثة الغايب لا تجوز عندهما وعند ابي يوسف
تجوز لان الميت انما اثبت الولاية للوصي ليعمل له فيما يحتاج اليه
عند عجزه بنفسه وهو محتاج الى تنفيذ وصاياه وايصال التركة
الى الورثة لا يثاب بوصول التركة الى الورثة كما يثاب
بوصول الوصية الى الموصى له فيجب ان يملك ذلك نظرا
للموصي **ولهما** ان الوصي قايم مقام الموصي والموصي لو
كان حيا لا يملك قسمة ما عليهم فكذلك الوصي وما ذكر من
الحاجة فحاجة زايدة فاضلة لا حاجة اصلية ولا يمكن اعتبار الحوايج
الفاضلة لانها ليست بذي نهاية بخلاف قضاء الدين فانه حاجة
ضرورية اصلية لما فيه من تخليص رقبته وتبريد جلدته عن النار
اقسم الوصيان التركة بين الورثة واخذ كل واحد
منهما نصيب بعضهم فالقسمة فاسدة لان القسمة لا تكون الا بين

(بين السطور: الغايب — اقام الوصي مقام نفسه واثبت له الولاية — لابي يوسف — وزفر — بينهما — الديون)

لو علموا اما ان يكون مع الموصى له او فيما بين الورثة اما قسمته م

لان القسمة بيع معنى وله ولاية بيع منقول على الكبار دون بيع العقار هكذا ذكر في المبسوط ح

ذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان

وعلى قياس قوله يجب ان يملك القسمة على الكبار الحضور اذا امتنعوا عن القسمة ح

اثنين وكلاهما كشخص واحد لا يملك احدهما التفرد بالقسمة عندهما وعند ابي يوسف وان كان احدهما ينفرد بالقسمة مع الاجنبي ولكن هنا قسمته مع صاحبه كقسمته مع نفسه فلا يجوز ۵

باب ما يضمن الوصي ۵

اذا فعل في الوصيه وما لا يضمن ۵ المبسوط ۵ واذا امر الوصي المستودع ان يقرض مال اليتيم فاقرض المستودع لان الوصي لا يملك اقراض مال الصبي فلا يملك الامر به فلم يصح الامر به و[بالاقراض] قد دفع المستودع الوديعه الى الاجنبي من غير عذر فيضمن ولو قضى الوصيان دينا لرجل ثم شهدا ان له على الميت دين لم يجز ويضمنان ان ظهر دين اخر لانهما بشهادتهما يدفعان عن انفسهما مغرمًا لانهما صارا ضامنين ما دفعا الى الاول لانهما دفعا بغير امر القاضي ولو شهدا به قبل ان يقضيا جاز لانهما بشهادتهما لم يجرا الى انفسهما مغنمًا ولا يدفعان مغرمًا وهو لزوم قضا الدين ۵ المنتقى مسايله على فصول الاول لو اوصى بان يطعم عشره مساكين لكفارة يمينه فغدى الوصي عشره ثم ماتوا قال محمد [يغدى] ويعشي عشره اخرى ولا يضمن الوصي لانه غداهم بامر الوصي لان التغديه اطعام ولكنه لم يكمله

التوكل م

ذ م

وفات

وفات الاكمال لا بمعنى من جهته فلا يصير متعديا وان قال اطعموا عني عشره مساكين غدا او عشا ولم يسم اسم كفارة فغدى عشره ثم ماتوا فانه [يغدى و] يعشي عشره سواهم لان الواجب في كفارة اليمين سد عشر خلات ورد عشر جوعات وذلك يحصل بالتغديه والتعشيه وبالموت فات ذلك فيغدى ويعشي غيرهم فاما اذا نص على الاطعام غدا او عشا فالجمع والتفريق سوا وروى هشام عن ابي يوسف انه قال اطعم عني عشره مساكين فغدى عشره ثم ماتوا لا يضمن استحسانًا ويغدى [ويعشي] عشره مساكين لانه امره بالاطعام مطلقًا فانصرف بالاطعام الواجب شرعًا في الكفارة وذلك بيّنا ولو الكفا بمعنى لا يخرج [عما] عليه بما دون الكفايه بخلاف المسئلة المتقدمة لانه نص على الغدا او العشا سواء فرق او جمع جاز ۵

فصل

رجل اودع رجلًا مالًا فقال ان مت فادفعه الى ابني فدفعه اليه وله اب وارث غيره ضمن حصته لانه جعله امينًا لا وصيًّا والامين اذا دفع مال الورثه الى احدهم [ضمن] وان قال ادفعه الى فلان غير وارث ضمن ان دفعه اليه قال ابو يوسف اذا خلط الوصي مال

يضمن الوصي قياسا م

ولا يكون بهذا وصيا لانه لم يفوض اليه التصرف في التركة فبقي امينا للورثة م

اليتيم بماله فضاع فلا ضمان عليه لان له ولاية حفظه كيف

ما كان مريض اجتمع عنده قرابته ياكلون من ماله قيل ان اكلوا

قال ابو القاسم الصفار

بامر المريض فمن كان منهم وارثا ضمن ومن كان غير وارث

حسب ذلك من ثلثه وقال الفقيه ابو الليث ان احتاج

المريض الى تعاهدهم في مرضه فاكلوا معه ومع عياله بغير

اسراف لا ضمان عليهم استحسانا **فصل** رجل

مات وعليه دين فباع وصيه رقيقه للغرماء وقبض الثمن

وضاع عنده او مات بعض الرقيق في يدي الوصي قبل ان

يسلم الى المشتري فالمشتري يرجع بالثمن على الوصي ويرجع

به الوصي على الغرماء لانه في البيع عامل للغرماء ومن عمل

لغيره ولحقه فيه ضمان يرجع به على المعمول له ٥ ولو استحق

العبد ورجع المشتري بالثمن على الوصي لم يرجع الوصي بالثمن

على الغرماء الا ان يكون الغرماء امروه ببيعه الا ان الثمن اكثر

من دينهم فلا يرجع عليهم بالزيادة وكذلك لو قال الغرماء

له بع رقيق فلان الميت واقض دينا لم يرجع بالثمن عليهم

لانهم امروه بالبيع للميت لا لهم فلم يصر عاملا لهم ولو لم يكن

على الميت دين ولكن باع الوصي الرقيق للورثة الكبار فهم في جميع هذه الوجوه

وكذلك لو قال الغرماء له بع رقيق فلان الميت واقض دينا لم يرجع بالثمن عليهم ولو كانوا قالوا بع عبد فلان هذا رجع بالثمن عليهم لانهم غروه منه ح

ولو قال له بع هذا العبد فانه لفلان فقال الوصي لا ابيعه الا ان يكون ثم باعه ثم استحق وقد ضاع الثمن رجع به الوصي على الغريم ح

كالغرماء

كالغرماء وان كانوا صغارا لم يرجع عليهم في الاستحقاق

ولو باع القاضي رقيق الميت للغرماء فضاع الثمن عنده

ثم استحق الرقيق رجع المشتري بالثمن على الغرماء لا على القاضي

لان بيع القاضي بمنزلة بيع الغرماء

كانهم ولوا البيع بانفسهم ٥

تم الكتاب بحمد الله تعالى وعونه

وحسن توفيقه وصلى الله على سيدنا

محمد واله وصحبه وسلم

تسليما كثيرا

وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله

العلي العظيم

يتلوه في الجزء العشرون باب

تصرف الوصي في مال اليتيم وما

يصدق وما لا يصدق السفاء

فصل

رجل اوصى بعتق عبده ثم جنى العبد جناية بعد موت الموصي فاعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن للفدا للفقراء وان لم يعلم ضمن قيمته ولا يرجع بذلك على الورثة لان الميت انما اوصى بعتقه قبل ان يجني فلما جنى لم يكن للوصي ان يعتقه الا ان يخرجه من الجناية عنه فاذا اعتقه فهو متطوع في عتقه والجناية لازمة له ولو ان عبد الايتام جنى جناية كان لوصيهم ان يختار لهم امساك العبد ويدفع ارش الجناية من مالهم الا ان يكون بين ارش الجناية وبين قيمة العبد شيء متفاوت فان قال الوصي عند القاضي قد اخترت امساك العبد او اشهد على نفسه بذلك شهودا فليس له ان يرجع الى ان يدفع العبد فان لم يكن لهم مال غير العبد فعليه ان يبيع العبد ويودي ارش الجناية من ثمنه فان مات العبد قبل ان يبيعه بعدما اختاره فالجناية دين على الايتام حتى يودوها ح ح ح

بلغ مقابلة وتصحيحا من اوله الى اخره